Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bachoff von Echt, Reiner, 1575-1640

Notae Et Animadversiones Ad Volumen Posterius Disputationum Hieronymi Treutleri ICti Ita Ex Opinionibus Priscorum maxime Interpretum & veris Iurisprudentiae principiis concinnatarum, ut & resolutionum ad Treutlerum, & commentariorum ad singulas materias, loco esse poßint
Bd.: Pars Posterior

Francofurti 1619

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/4Jur.683(2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11067541-0
VD17 1:013408F

Staatl. Bibliothek
Regensburg

4° Jus. 683.

NOTÆ ET ANIMADVERSIONES

AD VOLUMEN POSTERIUS DISPUTATIONUM

HIERONYMI TREUTLERI JCti

Ita ex opinionibus priſcorum maximè Interpretum & veris Jurisprudentiæ principiis concinnatarum, ut & reſolutionum ad TREUTLERUM, & commentariorum ad ſingulas materias, loco eſſe poſſint:

A

REINHARDO BACHOVIO ECHTIO
J. U. DOCTORE, ET IN ACADEMIA HEIDELBERGENSI Profeſſore.

PARS POSTERIOR.

Adiectus eſt rerum notabilium & LL. Illuſtratarum INDEX.

HEIDELBERGAE,
Typis JOHANNIS GEORGII GEYDERI *Acad. Typogr.*
Proſtat FRANCOFURTI apud Johannem Bernerum.

ANNO cIↄ Iↄc XIX.

Cum Gratia & Privilegio Cæſareo.

Staatl. Bibliothek
Regensburg

ET GENERE ET VIRTUTE

NOBILISSIMIS,

ET PROVINCIARUM SUARUM EQUITIBUS SPLENDIDISSIMIS

Dominis, Commensalibus & Amicis:

LEVINO LUDOLPHO von Alvensleve
OTTONI von Qualen
DAVIDI von Schweinitz
MATTHIÆ von der Reeken
BUSSONI von Alvensleve
NICOLAO von Qualen.

Frustra sim opinor, Nobilissimi & Florentissimi Juvenes, si in limine prologuii istius protester & contester, me in ordine, quem in exprimendis nominibus vestris observavi, tum temporis, quo vobiscum mihi amicitia contracta est,

tum hoſpitalis menſæ, ætatis etiam prærogativam eſſe ſequutum: cæterum omninò velle, ne id mihi, vobisq́; fraudi, præiudicio, ſiet. Ambitionem iſtam ab Academiis exſulare oportet, à qua vos etiam alieniſsimos eſſe ſcio. Neque iſtud prolixè mihi agendum eſſe deprehendo, ut cauſas, quæ me, ut hanc poſteriorem partem operis mei ad Treutlerum vobis nuncuparem & dedicarem, impulerunt, deducam & exponam: ſiquidem quæ ſingulæ ſufficere poſſent, eæ ſe hîc ultrò oſtendunt & concurrunt penè univerſæ. Nimirum ſive his, quibus ingenii noſtri monumenta inſcribimus, aliquid conferre & de iis benè mereri credimus, vos certè ob veſtrarum familiarum ſplendorem & dignitatem, cum propria virtute & eruditione coniunctam digniſsimi eſtis, quorum nomina fronti iſtius operis præſcribantur: ſive potius præſcriptione clarorum nominum nos aliquid accipimus, vos iidem eſtis, à quibus hoc opus lucem aliquam mutuari, & ornamentum quin & munimentum contra ſciolos momosque, qui quævis in publicum emiſſa vellicare & arrodere ſolent, ſibi certò polliceri poſsit. Vos,

Nobi-

Nobilißimi Juvenes, qui, ut animum bonis artibus virtutibusq́; excolatis, varias urbes, Academias, provincias perlustraßtis, & perlustraturi estis, mihi testimonium perhibere poteritis, me non ambitionis, non inanis gloriæ, non insectandi alios, sed pro virili Jurisprudentiam excolendi aliosq; iuvandi studio ad scribendum fuisse impulsum. Illud postremum, quod humanitas vestra, & quem erga me prolixè ostendistis semper, favor amorq́; vester mihi pollicetur, à vobis contendo & rogo, ut quale quale hoc opus, quod monumentum testando meo erga vos affectui & amicitiæ, in publicum extare cupio, benignè & humaniter, eoque quo hæc à me profecta est dedicatio, animo suscipiatis, & faveatis Vestri, Vestrarumq́; familiarum.

Studiosissimo,

Ex Musæo. Heidelb. XXVII.
Augusti. cIↃ IↃ C XIX.

REINHARDO BACHOVIO Echtio.

Lectori benevolo S.

TErtiùm iam te, amice & benevole Lector, in hac tertia & postrema mea Animadversionum & Notarum ad Treutlerum parte, salvere iubeo, & pene id facere necessum habeo. Nimirum sicut, qui in altum provecti, arbitrio pelagi & ventorū sese commiserunt, ubi volunt, portum tenere non queunt: ita mihi, postquam opus istud semel adgressus sum, & duas illius partes in publicum emisi, iactâ iam aleâ, utcunque res cadat, pedem referre non licuit. Equidem licet insanabile scribendi cacoëthes, quod hodie pene omnes pervasit, animum alicui, non omninò ab ingenio & judicio destituto, ad scribendum facere posset, cum ineptissimis scriptis, singulis nundinis & mercatibus officinas & tabernas typographorum & librariorū onerari videamus: attamen ex adverso curvæ & scævæ mentes quarum hoc seculum feracissimum est, deterrent. Gloriam & famam ex istis frustra quis hoc seculo expectet: & si qua speranda sit, minimè tamen comparanda cum molestia, quam facessunt ii, quibus omnia sive rectè sive pravè dicta carpere, & ubi vel se vel alios, quorum nomini favent, vel levissimè lęsos esse putant, gravissimè insurgere & indignari moris est. Et sane est quod verear, ne istam mihi molestiam facessat non unus, si vera sunt, quæ ad me rumoribus deferuntur: ita alius theses suas, quarum olim patrocinium sub Treutlero susce-

ſuſceperat, alius totum opus Treutleri propugnaturi, & in me impetum facturi perhibentur: cum quibus omnibus colluctari, Herculeus, cum Hydra concertantis fuerit labor, cui me imparem eſſe agnoſco lubens. Equidem ſi negare auſim, me ſępiuſculè & pluries erraſſe, non ſuperbus, ſed fatuus ſim, & ignarus humanæ conditionis: nec minus longiſſimè aberraverim, ſi in tanta hominum ad diſſentiendum facilitate, & prurienti alios carpendi libidine, aliorum morſus & reprehenſiones evadere me poſſe ſperaſſim. Sed nimirum curvas & ſcævas mentes nihil moror: de æquo autem & candido lectore æqua judicia expecto & mihi polliceor. Cogitabit ille à fine & propoſito actionem quamque æſtimandam eſſe, atque me (teſtor conſcientiam meam) non libidine Treutlero vel aliis inequitandi, eosque inſectandi: ſed ut pro virili excolerem juriſprudentiam, & præcipuè, ut ſtudioſis, qui ſæpe immaturius theſibus Treutleri diſcutiendis ſe dedere, & in iis quaſi cynoſuram ſtudiorum ſuorum collocare ſolent, facem præferrem, ſtudio & cupidine, iſtum laborem ſane mihi graviſſimum ſuſcepiſſe. Cogitabit, ei cui univerſum penè jus tractandi, & involutiſſimas quasque quæſtiones explicandi & evolvendi incumbit neceſſitas, facilius veniam dandum. Vulgatum illud eſt:

——opere in magno fas eſt obrepere ſomnum,

&

Si bonus interdum nimis altum dormit Homerus:

Purus, & à nævis integer ecquis erit?

Illud ultrò fateor, me multa & paſſim ieiune ſatis & nimis parcè tractaſſe. Fuit ab initio iſtud mihi propoſitũ, non prolixos commentarios texere, ſed in Treutleri theſes animadvertere, & quid de quaque eius opinione ſentiendum eſſet, ſubiectis hinc inde ſuccinctè rationibus

bus breviter explicare & ostendere: quam brevitatem in primo volumine usque ad vitium etiam obscuritatis me secutum esse quisque facile deprehendet. Diffudi me postea paulò latius: sed nec omninò propositum deserere volui, nec tenuitas mea passa est singula plenius & exactius tractari. Plura interim lectio & meditatio, & continuata disputatoria exercitia suggesserunt; quæ addidissem nunc lubens, nisi me quantumvis summâ diligentiâ instantem operi, oppressissent nundinæ, ad quas emissurum me tertiam istam partem, iam pridem librario fidem meam obstrinxeram. Interim brevissimas additiunculas, quibus aliquorum cavillationibus & reprehensiunculis occurrerem, adieci. Si Deus dabit vitam & sanitatem, dabo fortassis aliquando digniora

——oculisq; legi manibusq; teneri:

& summa (ut usurpem verba, quibus in re dissimilima ille apud Petronium utitur) excusationis meæ hæc erit:

Placebo tibi, optime Lector, si me culpam emendare permiseris. Vale, mihi meisq; conatibus fave.

AD EUNDEM BENEVOLUM LECTOREM.

CVm jam opus istud, amice Lector, planè absolvissem, omnemque iam posuissem curam, misit ad me amicus biduò ante quàm inciperent nundinæ præfationem D. Hunny, quam ille secundo volumini Resolutionum suarum ad Treutl præscripserat: quæ indignationem & bilem, an risum potius mihi moverit, haud facilè dixerim: ita Thraso ille & Pyrgopolinices opus suum bono publico benè & feliciter cæptum & emissum miris deprædicat laudibus: meas contra animadversiones ut vanissimas, ineptissimas & pueriles, & ex invidia & stulta ipsius æmulatione profectas, ex alto despicit & deprimit. Ecquis verò tandem tibi videris mi homo, te enim appello Hunni: unde tibi ista in pectore confidentia, an impudentia potius? anne tibi spiritus istos promissa & sapiens, quam pascis, barba, facit? unde hæ tibi cristæ, & ista cornua, quæ tam petulanter in me arietas? Quid tibi tandem vis Luci? An ulla unquam tecum mihi fuit æmulatio? numquid in publicum constat, me antequam quidquam de divinis istis tuis resolutionibus inaudiuissem, meas animaduersiones anno 615. publicè in ista Academia disputandas proposuisse, & prius illarum volumen anno 1617. nundinis vernalibus, sex mensibus ante quàm tua prodirent, in lucem dedisse. An verò tua eruditio eò evasit, & ita vulgarem excessit modum, ut si qua fuisset æmulatio mea, ea improbitatis & stultitiæ damnari deberet? Quò ruis Luci? cape

quæso unum nummum à me, iube te piari homo insanissime, & naviga Anticyram, si modò omnis illa insaniæ tuæ curandæ sufficere potest. Ausus es etiam me appellare scarabeum. Et quid si ego te beluam, bestiam, bucconem, blennum, bardum, marrucinum, fatuum, canem rabiosum, appellitem? Non magis tu ad me scarabei nomen, quàm ego ista omnia ad te pertinere, probaveris. Sed ecce tibi lector amice, causam, quæ in arma furentem compulit Hunniadem. Tetigeram paululum in præfatione secundi mei voluminis ad Treutlerum, sed sine maledictis, tùm titulum operis Hunniani, Resolutionum absolutissimarum: tùm rationem & modum scribendi, & nihil nisi quæstiones, pro & contra, ut loquuntur, tractandi. Nimirum, ita est, optime Lector, falsæ iniuriæ neminem aut vix movent: Quæ verè in aliquem dicuntur, acrius mordent, & in animum altius descendunt: quæ qui refutare non possunt, in calumnias & maledicta prorumpunt. Sensit scilicet Hunnius, superbiam an impudentiam tituli sui: Sensit vera esse, quæ de vulgari ista scribendi ratione dixi: & deprehendimus quotidie, eos qui eiusmodi saltem pascuntur & innutriuntur epulis, ad solidam frugem nunquam pervenire, & nihil nisi superficiariè in utramque partem de quæstione aliqua disserere posse: cæterùm nullibi reperire, ubi figant pedem & in fundamentis iuris identidem impingere atque obhærescere. Ad ista fundamenta studiosos deducere, præcipuus mihi fuit scopus, quem an assecutus sim nec ne, non tuum, Luci, sed æqui & candidi Lectoris esto iudicium: neque enim hoc ego defugio: & nimium tibi places, & ut opinor, longissimè falleris, dum tuas resolutiones ab omnibus eruditis, meis animadversionibus præferri putas: de quibus sanè ego multos imò plurimos benè sentire, (rumpantur ut ilia Hunnio) scio: quamvis ego eas nunquam ita amarim, ut non multos in iis nævos, multa peccata agnoverim lubens. Impudentiam verò hominis vide sis Lector, qui tanquam de re sibi comperta scribere non dubitat,

eam

eam mihi causam fuisse, ipsum tangendi in præfatione mea; quod ipsius laborem meo præferri intellexissem: quod ego quidem hactenus, audivi & intellexi unquam, nec si audivissem, quidquam me movisset, quippe qui sciam, non rarò ita accidere, ut alia scripta habeant famam, alia mereantur. Atque ista prima causa est maledicentiæ Hunnianæ. Suspicor etiam, ægrè tulisse hominem, quod se præventum vidit, qui de Treutleri commentariis enucleandis sibi iam animo statuerat trophæum: & qui iam ante aliquam multos annos, cacatas suas resolutionum chartas, tanquam rem incomparabilem, multo auro studiosis vendidisset. Opinor etiam Hunnium calumniis illis suis avertere voluisse Lectorem, ne multa ex meis Animadversionibus hausisse & suffuratum esse suspicaretur: quod quidem ille nisi perfricta plane sit fronte vix negare possit. Sed ne pluribus agam, Ego, iam à viginti duobus penè annis, ex quo Doctor iuris creatus fui, ea assiduitate & diligentia, nec ab ingenio neque iudicio, per Dei gratiam, nec aliis etiam præsidiis, bonarum, inquam, literarum, antiquitatis Romanæ & Philosophiæ cognitione destitutus, studium juris præcipuè quod Theoricum appellant, tractavi, ut nemo hactenus eruditionis alicuius in hoc genere partæ & acquisitæ laudem mihi detraxerit; nemo non animadversiones meas, in quibus multa accuratè solidè & acutè disputata esse viri docti, (qui te verò hominem exigui iudicij & ingenij ex scriptis tuis esse sciunt) fatentur, & in vita fatebitur usque invidia, lectione dignissimas iudicarit. Nemo hactenus adeò malè de me sensit, ut Hunnium mihi parem componere, nedum ut infra eum me deijcere fuerit ausus: Hunnium, inquam, in cuius tractatibus, quibus singulis nundinis onerat librariorum tabernas, præter aliquem corradendi, transscribendi, & aliorum scrinia compilandi, laborem, parum ingenij, parùm iudicij, parùm solidioris & politioris literaturæ & juris-

pru-

prudentia deprehendas. Et proinde ridiculus es, Luci, ut iterum te appellem, dum me tibi invidere putes. Male mecum agatur, si tu materia digna sis invidiæ meæ: nec tu nec scripta tua, est, quòd cujuscunque, nedum meam invidiam speretis. Quid enim aliud pene tu habes, nisi quod Fachineus, & alij jampridem scripserunt: quodque non nemo discipulorum meorum, si operam malè collocare velit, præstiterit? & tu mucide homo mihi inclementer dicere, & quod ego tibi invideam impudentissimè tibi polliceri audes? Quod in præfatione mea scripsi, non ea vox invidiæ fuit, sed quam patientia diu ineptissimis tuis fatigata scriptis, nobis expressit: & tu, quis esses, & Lector, quid de ejusmodi scriptis sentire deberet, admonendus erat. Sed nimium periculosè laboras, qui medicam manum respuis, & morbum tuum ignoras: ideoque acrioribus remediis opus est. Prodi age in scenam mi Luci, & meas vanitates, puerilitates & ineptias, si vires, ostende. Ego verò, si Deus vitam dederit, & sanitatem, & si perges esse maledicus, larvam istam, qua vallis, tibi detraham, & pellem tuam leoninam: & te tibi ipsi, & omnibus, te inquam, asinum Cumanum, vel eius fraterculum ostendam. Interim verò ex animo te valere, & omninò bonam tibi mentem cupio & opto. Te verò amice Lector, summopere rogo, ut ignoscas, si quid hic atrocissimè provocatus à cane isto rabido, reposui acerbius. Indignatio justa vicit patientiam quam meditabar, imò quam meditaturus & cui fortassis locum daturus fueram, si spatium & locus deliberandi fuisset. Intra horulæ spatium, cum jamjam exemplaria tertij voluminis mei Francofurtum avehenda essent, ista subitò, nec dum defervescente animo effudi.

AD

AD DISPUT. XVIII.

De NOVI OPERIS NUNTIATIONE.

Respondente

JOANNE GEORGIO Pfeiffer.

THESIS PRIMA.

LIT. A. & B.

PRoponit primo Tr. lit. a. causam efficientem, edictum prætoris, & ead. lit. rectè removet quæstionem de lectione & explicatione §. *æquè. Inst. de action.* de quo actum est, *part.1. disp.17. th.13. lit.b.* Deinde proponit definitionem, quod nuntiatio novi operis, sit prohibitio legitima, id est, jure concessa, cæteroquin argutari quis possit, quod prætoris edicta non sint leges: quæ tamen obiectio post edicta prætoris confirmata à Justin. minoris est momenti. Et dicitur legitima, quatenus in se consideratur: cæterùm per injuriam quis nuntiare potest, ut tamen nuntiatio operetur effectum: quomodo & vocatio in ius actus legitimus est, quæ tamen per calumniam fieri potest. Est autem vel ideo hæc adiectio, *legitima*, necessaria, quo-

Ca. efficiens. Edictū Pratoris.

niam hunc effectum tribuit prætor nuntiationi factæ à privato, qui aliàs jus interdicendi & prohibendi non habet.

Illegitimè enim facta.] Ait ita factam non tenere: & quidem illegitimè vel ratione rei vel personæ, ut postea sit dicturus. Et tamen statim ead. lit. cum dixisset de effectu nuntiationis, subiicit, id ita verum esse, nisi constet, nuntianti nullum jus competere: quod utiq; ad personam pertinet: & poterat ead. ratione de nuntiatione illegitima respectu rei quid subiicere: quamvis illud saltem generale sit, & de personis, quæ nuntiare possunt, distinctius agatur th. 2. Videtur autem dupliciter hic notari posse Tr. 1. quod in thesi ait, in nuntiatione considerari & personas & formam: & hac lit. B. in exegesi, nuntiationem illegitimam dici ratione rei vel personæ: res autem à forma nuntiandi, utique diversa est, ut apparet *ex d. th. 2. lit. E. & seqq.* & ad rem sive objectum pertinere videtur quod lit. D. tractatur, de operis destinatione vel refectione: quod cum etiam in nuntiatione novi operis omninò veniat in considerationem, hoc quoque adiiciendum, neque tantum duo, sed tria proponenda erunt, obiectum, persona & forma. Deinde videri possit non satis sibi convenire Treutler. dum ait illegitimè factam nuntiationem non tenere, & tamen, nihil interesse, jure an iniuria facta sit nuntiatio, & rursus, si non sit ius nuntiandi, impunè sperni nuntiatiouem. Equidem phrasis hæc, *nuntiationem non tenere*, ambigua est, de quo dicemus thes. 3. liter. E. ubi tractatur controversia inter Cuiac. & Robert. Cæteroquin distinguendum est inter casum notorium & dubium: vel potius inter jus nuntiandi quasi in abstracto, & causam nuntiationis in singulari. Quod transferri potest ad tria illa quæ requiri diximus: v.c. opus novũ esse oportet, ut locus sit nuntiationi, & personam habilem esse oportet, & denique forma à prætore præscripta fieri oportet. Hæc si concurrant, obtinet quod dicitur *in l. 1. in principio, h. titul.* inhiberi opus, sive jure sive injuria fiat, & *in l. 20. §. 1. hoc titulo.* eum qui contra nuntiationem ædificavit destruere illud teneri, & si ius ædificandi habuerit: quoniam non ipse sibi iũs dicere, sed cognitioni prætoriæ hoc permittere necesse habet: eoque respectu tenere dicitur nuntiatio per iniuriam facta, quatenus postea ædificans apud prætorem justitiam causæ suæ ostendit. Quod si unum ex his tribus defecerit, nuntiationem,

citra

citra ullam remissionem impunè sperni rectè defenditur: veluti si non fuerit observatus nuntiandi præscriptus modus, si fuerit nuntiatum extra locum operis, de quo mox liter. C. si nuntiatum fuerit ei, qui nudè destinavit de quo litera D. vel qui ædificium vetus fulcit *l.1.§.si quis,13. hoc titulo.* vel denique si in persona nullum jus nuntiandi sit, fortè si peregrinus, in causa etiam publica, vel lõgè remotó loco habitans aut bona possidẽs, in causa privata, vel fructuarius domino nuntiet *l.1.§ ultim. & l. sequen. hoc titulo.* quo posteriori exemplo Bartol. ad comprobandam hanc sententiam utitur *in l.1. hoc titulo. numero 6.* & omnino si constet calumniari nuntiantem, impunè nuntiatio spernitur, ut rectè *Zas. in l.1. hoc titulo, in prim ip. numer.22.* Et videtur Cuiac. cit. hactenus hinc dissentire, quoniam statuit, etiamsi fructuarius domino nuntiet, utilem esse remissionem: quamvis tutius sit in omnem eventum remissionem petere, utcunque ea necessaria non sit: cæteroquin pertinet illa Cuiac. disputatio ad quæstionem quæ tractatur *dict. thes.3. lit. E.* Ex his autem facile removetur obiectio sumta à quibusdam *ex l.4.§.1. ne quis eum qui in ius vocat.* ubi dicitur edicto illo teneri, qui exemit eum, qui per calumniam in ius vocatus erat. Etenim respondetur, diversum esse casum tum quod ibi committitur vis, tum quia eximitur qui re in se considerata iure vocatus est, tum quia nihil ad tertium, quod alius in ius vocatus est, æd ficans autem iure suo utitur, tum denique quia vitium non est in persona vocata, sed in causa, de cuius iustitia iudicare, privati non est. Unde si talis persona sit, quæ in ius vocari non possit, pœna edicti cessat *l.1.§.2. dict. titulo.* eoque pertinet quod vulgò iactatur, vocatum ad iudicem incompetentem, teneri comparere, nisi incompetentia sit notoria.

Adeo ut adversarius.] Hic est nuntiationis effectus, ut nihil in opere post eam mutetur & innovetur, & ut si quid factum sit, deiiciatur & destruatur, licet postea de iustitia causæ suæ ædificans doceat: quoniam semel contra edictum prætoris ædificauit, *per l.1.§. 7. & l.20.§. secundo. h.t.* quod aliâs quivis iustitiam causæ suæ, cuius cognitio ad prætorem spectat, prætendere posset. Notandi autem hic tres termini & quasi gradus: pura & absoluta ædificandi impeditio: & extremus ex altera parte, pura & absoluta ædificandi

facultas: & tertius intermedius, facultas interim ædificandi: quæ competit præſtita ſatisdatione, qua non obſtante, ſi nunciians poſtea jus potius probaverit, ædificium eſt deſtruendum, cuius contrarium ex verbis Treut. non rectè acceptis colligi poſſit: ſed ante præſtitam ſatisdationem ſimpliciter ædificatio prohibita eſt, & quæcunq; etiam ædificandi cauſa ſit, opus demoliendum: & tandem ea ſimpliciter permiſſa & ſine periculo deſtructionis, ſi ædificans intentata actione, jus ſibi ædificandi competere probaverit.

LIT. C.

In re præſenti.] Duplex huius rei explicatio eſt apud *gl. in l. 5. §. ſi quis forte, 4. h. t.* 1. ut nuntiatio valeat, extra locum facta, ſed ab eo demum tempore, quo in ipſo loco ædificantibus potuit ſignificari. Cui explicationi ab ipſa gloſſ. & Bart. ibid. obijcitur, quod in hac ſpecie negatur nuntiatio tenere, quæ tamen in caſu præcedenti, quo in re præſenti non ipſi domino fit nuntiatio, tenere affirmatur: & quamvis reſpondeat gl. quod opifices poſſint ſumere bonum conſilium pro domino, & deſiſtere ab opere, replicat tamen Bart. poſſe id etiam videri malum conſilium, quoniam opus factum antequam ad notitiam domini perveniret, domino prodeſſe poſſit. Verum utcunque hæc Bart. replicatio parum momenti habere videatur, altera tamen explicatio & receptior & verior eſt, quod nō teneat nuntiatio, quippe quæ *in dict.* §. 4. nullius prorſus momenti eſſe dicitur. Cui ſententiæ malè obiicitur *verſ. cæterum. dict.* §. 4. quoniam in illo continetur ratio decidendi, propter quam hæc nuntiatio nulla ſit, quod aliâs fieret, ut quod poſt nuntiationem talem in foro, antequam ad locum perveniretur, ædificatum eſt, contra edictum prætoris, cum tamen per ignorantiam contigerit, factum videretur, & ita omnimodò tollendū eſſet: quoniam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut quicquid poſt nuntiationem factum fuerit, deſtrueretur.

Tenetur autem nuntians.] Ait quod nuntians teneatur cauſam dicere nuntiationis ſuæ, ſubiecta etiam ampliatione, etiamſi manifeſtum ſit, nuntiantem in poſſeſſione vel quaſi eſſe. Cui obſtare videtur, quod ipſe lit. præcedent. dixit, valere nuntiationem, etiamſi per iniuriam facta ſit: & cum iuxta tradita th. ſeq. nuntiatio fiat vel verbis ſimplicibus, vel iactu lapilli, non poteſt neceſſaria videri cauſæ expreſſio: & maximè cum nuntiatio rectè etiam fiat,

non

non tantum fabris, sed etiam puero vel puellæ *l.5.§.1.& 3.hoc tit.* etiam non adito prætore *l.1. §.2. h.t.* imò etiamsi nemo in loco sit, ut probat *gl.in d.l.5.§.nuntiari. 3.* ad verba, *nuntiationem factam hoc tit. per l.fin.eod.l.4.§.toties.d.damn. in fin. l.aut qui. §.si forte quod vi aut clam.* Ideoq; non nisi particulare esse poterit, quod de exprimenda causa Tr. tradit, si nuntietur scilicet iis præsentibus, qui causam rei rogare possunt, veluti ipsi domino, vel etiam fabris in opere constitutis, à quibus pro tuenda domini possessione causam exigi posse docet *Bart.in l.1.in pr.h.t.nu.*12. quam adeo causam, licet falsam & iniustam allegasse sufficiet. Verum cum nihil interesse videatur, an quis nullam, an falsam causam & per iniuriam exprimat, & simpliciter per nuntiationem, à qua separata est causæ expressio, novum opus inhiberi dicatur, magis est ut ista sententia Tr. falsa sit, licet idem statuat *Bar.in d.l.1.in pr.n.9.& seqq.* ubi tantum excipit nuntiationem factam à prætore, cuius causa ab ipso prætore petenda sit. Et falsum est, quod Bar. ait, procedi hic tanquam per libellum, cui petitionis causa inserenda est: quoniam nuntiatio est actus purè & merè extrajudicialis. Nec facit etiam pro Bart. & Tr. *l.5. §. qui opus. 14.h.t.* quoniam ex eo sequeretur, nuntiantem statim in ipso opere postulanti ædificatori de calumnia iurare teneri, quod ineptum & absurdum est. Sed nimirum distinguenda est nuntiatio ipsa, ab eius prosecutione & iustificatione, quæ tractatur coram prætore, ubi demum ædificans potest petere sibi edi causam nuntiationis: quamvis nec hic præcise eam edere, aut utique probare necessarium videatur, ex hoc ipso, quod nuntians de calumnia iurare tenetur, ad hũc effectũ, ne possit ædificans nisi oblata cautione, opus continuare: qui si agat ius sibi esse ædificandi, tum demum nisi nuntians iustitiam suæ nuntiationis probet, ea prorsus remittetur, & pro nulla habebitur. Ex quibus apparet, falsam esse ampliationem, *etiamsi nuntians manifesto in possessione sit*, ubi scilicet de simplici nuntiatione tractatur: cum alias etiam absurdum sit cogi exprimere causam, de qua satis constat, quoniam possessio per se nuntiationis iusta causa est, veluti si quis sit vel in possessione soli, vel quasi possessione servitutis, cui per opus novum præiudicatur. Cæterum Bart. male citatus *in l.1.in pr. h.t. n.*15. non dissentit à Tr. quin imo contendit non sufficere, si nuntians dicat deberi sibi servitutem, nisi simul adiicat, se in possessione esse. Quam opinionem fal-

ſam eſſe non dubito, quod præſertim in ipſa nuntiatione non poſſit cognoſci de cauſa, ut ſatis ſit ad inhibendum opus, dixiſſe ſibi competere ſervitutem, utcunque alter poſſeſſionem juris ipſi neget, cuius rei cognitio ad prætorem ſpectat: & facit contra Bartol. *l.1.§.ſed ſi. & l.15. hoc tit.* ex quibus probatur eum, qui ſine periculo demolitionis pergere velit, neceſſe habere age e, ius ſibi eſſe ædificandi, quod ſi non probare poſſit, quicquid etiam poſt præſtitam cautionem operis fecit, demoliri tenetur. Cæterum *Zaſ. in l.1. in princ. n.13. & ſeqq. h.t.* non tantum ampliationem iſtam improbat, ſed ſimpliciter cauſæ expreſſione opus non eſſe ſtatuit, & inter ipſam nuntiationem & eius proſequutionem diſtinguit: de quo etiam *v. Alciat. in d.l.1. in princ. n.92. & ſeqq.*

LIT. D.

Propter opus futurum fit Nuntiatio.

Nuntiari tantum futura.] Id eſt propter opus futurum, ut inhibeatur, fit nuntiatio, eoque pertinet ratio paulo poſt ſubiecta, quod propter opus præteritum competat interdictum, quod vi aut clam. Addit autem Tr. etiam nuntiari poſſe ei, qui opus vel ædificium faciendum deſtinavit. Quod falſum videri poſſit, tum quod opus eſſe oportet propter quod fiat nuntiatio, tum quod ipſe Treutler. lit. C. ait, nuntiari ædificanti, non ædificat autem, qui tantum opus facere deſtinavit. Sed adducit Tr. pro ſe textus *in l.5.§.2.h.tit.* ibi *ſive ædificet, ſive inchoet*, ex qua oppoſitione apparet etiam ei qui non ædificat nuntiari poſſe: itemque *in l.8.§.1. hoc tit.* ubi dicitur referendum eſſe inteſtationem, ſi quid operis factum ſit: & denique *in l.20.§.2.h.t.* ibi, *ſive locus vacuus, ſive ædificatus.* Qui tamen poſterior textus non multum ad rem facere videtur, quippe cuius hic ſenſus, rectè nuntiari ſive opus novum fiat in loco qui antea vacuus fuit, ſive ædificio antea facto aliquid adiiciatur: & porrò dici poſſit *in dicta l.5. §. 2.* verbum, *ædificare*, in ſpecie ſumi ut opponatur operi inchoato. Sed res tota facile hac diſtinctione expeditur, quod deſtinatio faciendi operis vel eſt ſimplex & nuda, vel quæ ad actum aliquem proceſſit, imò in actum aliquem deducta eſt, veluti ſi quis propter opus novum imponendum locum purgari faciat, lapides & cæmenta convehi curet: quæ demum deſtinatio, non verò illa, nuntiationi faciet locum, *l.5.§.2. h.tit.*

Illud

Illud obiter adspergo.] Edictum nihil aliud est, quam sanctio & dispositio, quæ ius facit inter omnes, & malè à Treutl. formula appellatur. Sed interdicti vox ambigua est, & quandoque significat ipsam generalem editionem prætoris, qua verbi causa, alicui vim fieri prohibet: eoque sensu verissimum est, quod ait *Bart. in l. 1. in princ. h. t. n. 4.* interdictum esse speciem edicti: interdum autem significat illud ipsum remedium, quod prætor introduxit, veluti cum dicitur, interdictum dabo: quo sensu interdictum est inter duos, veluti iudicium vel actio, quam prætor quocunq; interdicto proponit, qua de re plura infra disp. 25.

Facere novum opus videtur.] Ait eum videri opus novum facere, qui pristinam operis faciem mutat. Vbi debebat addere, particulam, *etiam*, vel, *operis sive loci*: quoniam etiam & magis ei nuntiatur novum opus, qui de novo ædificat: sed nec recta oppositio est, ædificando vel detrahendo: quoniam ædificare genus est, citra quod nuntiationi locus esse non potest: & detractio qua talis huc non pertinet, nisi simul alia repositio intelligatur: quomodo explicandus est Treutl. qui aliàs male pro dissent. allegaret eos, qui refectionem huc pertinere negant. Cæterum quod ipsam rem attinet, an reficienti novum opus nuntiari possit, distinguendum hic quoq; est, inter refectionem puram simplicem & meram, veluti si quis ædificium vetus fulciat: & non meram, vel de qua an mera futura sit dubitatur, veluti si quis aliquid adiiciat, aut plane destructo ædificio moliatur novum: quæ ipsa est distinctio *Bartoli in l. 1. §. si quis ædific. 13. h. tit.* ex *gloss. in l. 1. §. ultim. de mort. infer.* inter verbum *reficere*, largè & strictè acceptum, quam sequitur *Zas. in d. §. 13.* & magis probat Treut. hic. Disputatio autem *Hottoman. illustr. quæst. 18.* si res reficiatur per partes, an ead. species manere dicatur, nihil prorsus huc pertinet.

Quis novum opus facere dicatur.

LIT. E.

Vt desistat.] Hic nimirum finis est nuntiationis, ut ab opere desistatur: cum quo nihil cohæret, quod in exegesi traditur, hodie nuntiantem intra spacium trium mensium de iure suo docere debere: etenim nihilominus effectus ille nuntiationis etiam post *l. unic. C. h. tit.* obtinet, ut opus ceptum inhibeatur. Ceterum

ei quod

ei quod *in d. l. un.* traditur, intra spacium trium mensium actorem de iure suo debere docere, quibus elapsis ædificanti præstita satisdatione pergere in opere concedatur: obstat quod passim simpliciter sub hoc tit. traditur, eum cui nuntiatum est novum opus, oblata & præstita satisdatione liberè ædificare posse. Et Accurs. quidem & *Salicet. in d. l. un.* quæ aliàs est *l. ult. C. de ædif. privat. & Bart. in l. prætor ait. §. si quis paratus, h. t.* ad eum casum *d. l. un.* restringunt, quando nuntians, ut ipsi loquuntur, dicit, *hodie constat, hodie agamus*, id est, quando de iure suo statim docere est paratus. Sed verior est sententia *Ias. in l. 1. in pr. h. t. col. 11. vers. mihi autem.* ubi ait quod per *d. l. un.* limitentur omnes LL. D. & licet actor se non offerat, tamen magistratus esse cognitionem causæ suscipere, & si intra tres menses expediri non possit, tum demum cautionem admittere. Et videtur sane istius constitutionis hic esse scopus, ut occurratur demolitionibus, post præstitam cautionem aliàs sæpè faciendis, adeoque ut magistratus cognito ædificantis vel nuntiantis iure, aut ius ædificādi citra ullam cautionem permittat, aut prorsus inhibeat: adeoque ædificans tum demum ad cautionem admittetur, si causa sit intricatior, nec intra tres menses expediri possit. Quod autem *in pr. d. l. un.* iuri veteri imputat Justin. de anni decursu ex quo nuntiatio facta est, eius fides sit penes autorem, quoniam tale quid in Dig. nostris extare non existimo.

LIT. F.

Etiam Opificibus nunciari pot:

Si opificibus nuntiatur.] Constat non tantum opificibus, sed etiam in re præsenti aliis nuntiari posse *l. 5. §. nuntiari. 3. h. tit.* Sed illud quæritur, si antequā nuntiatio ad notitiam domini pervenerit, aliquid noui operis factum sit, an istud omnimodò sit destruendum. Et tres hic sunt opiniones, una media, duæ in extremo. Media est, quod opus quidem destruendum sit, sed impensis nuntiantis, ut alter saltem præstet patientiam: quæ sententia est communis, ut testantur *Ias. in l. 1. §. nuntiatio. h. t. col. 7. Alciat. ibid. n. 60.* Extrema una est, quod opus factum, antequam nuntiatio domino innotuerit, nullo modo sit destruendum: quæ est opinio *Ias. d. loc.* quam ipse confirmat tum ratione tum textu. Ratio est, quod absurdum sit pœnam legalem infligi ignoranti: utcunque enim impensas demolitionis præstet nuntians, nihilominus tamen manet

satis

ſatis grauis pœna, quod ædificans perdit impenſas operariorum, & proculdubio materiæ etiam inſignem ſentit iacturam. Textus eſt *in l.5. §. nuntiari inf. h. t.* ibi, *ut domino poßit renuntiari.* Altera in extremo conſiſtens ſententia eſt, quod opus ſimpliciter deſtruendum ſit impenſis ipſius, cuius eſt: quoniam nuntiatio fit in rem, & cum leges nuntiationem hanc iure factam dicant, etiam ſequetur effectus: quam ſententiam defendit *Alciatus n.61.* Neque obſtat ratio Jaſ. vel quia cum contra edictum factum ſit, pœna edicti merito locum habet, vel quia non eſt vera pœna, ſed in priſtinum ſtatum reſtitutio, vel quia ut Alciat. ait, habet dominus quod ſibi imputet, qui cum novum opus ſe facere ſciret, non advigilauit. Non obſtat etiam textus *in d. l.5. §.3.* quoniam ibi non requiritur, ut domino renuntiatum ſit, ſed ut ei renuntiari potuerit. Et hanc ſententiam videtur ſequi Tr. dum ait, dominum teneri ſuis impendiis opus novum deſtruere. Suadet tamen æquitas limitari hanc ſententiam, ut audiatur dominus, quo ignorante ædificatum eſt, ius ſuum oſtenſurus, quod ſi ſtatim facere poſſit, prorſus iniquum ſit, eum ad deſtruendum opus adſtringi: cæteroquin non minus iniquum eſſet, propter ignorantiam domini, nuntianti qui iure ſuo uſus eſt, præiudicari, & ſub hac limitatione ſequor Jaſ. opinionem. *De illo* nec dubitari poteſt, quin dominus contra fabros & opifices, qui ſpreta nuntiatione perrexerunt, habeat regreſſum.

Imo ſi minor.] Verba hæc Tr. ſunt, ſi minor contra nuntiationem ædificauerit iniuſte, eum non reſtitui niſi impenſam patiatur. Equidem patet ex quæſtione præced. hic non quæri de expenſis factis in nuntiatione, quas etiam aliâs exiguas eſſe oportet, ſed de impenſis, quæ ipſum opus factum reſpiciunt, & quæ in illud extruendum factæ, vel in demoliendum ſunt faciendæ. Quod ad priores attinet, ſiquidem illæ refunderentur minori, nullum is damnum ſentiret, & iniuria fieret ei, qui iure ſuo opus novum nuntiauit: cum præſertim cit. *Bart. in l.1. §. nuntiatio h. t. n.32.* tractet de minore qui contra iuſtitiam ædificauit, velut & Tr. ponit minorem ædificantem iniuſte: quamvis iuxta prætoris edictum, quicquid poſt nuntiationem factum eſt, iniuſte factum intelligatur. Et ergo hoc accipiendum eſt de impenſis demolitionis, ut hactenus ſuccurratur minori, ne propriis ſumtibus opus domoliri teneatur: ad quam tamen ſententiam exprimendam inepta ſunt

verba Tr. *non restitui minorem nisi impensam patiatur*: & fortassis liceat suspicari errorem typographi, quoniam *gl. cit. in l. 1. §. 2. h. tit.* ait, non restitui minorem, nisi ad impensam ut præstet patientiam, & Bart. non restitui minorem, nisi ne patiatur impensam. Ego tamen, utcunque dissentiant *Alciat. in d. §. nuntiatio. num. 63. & seqq. & Maurit. de restitut. in integr. c. 156.* statuo cum *Bart. in d. § num. 62. Sfort. Odd. de restitut. part. 2. quæst. 81. art. 5.* minorem restituendum, non quidem ut admittatur ad satisdationem, sed ut prorsus non cogatur demoliri opus, si justitiam causæ suæ probare possit: sub limitatione tamen eiusdem Bart. nisi ex doloso poposito & contumaciter spreta nuntiatione perrexerit ædificare, in quibus terminis communi jure restitutio negatur minori: cæterum propter præsumtum quemvis dolum non statim denegatur restitutio, cum præsertim hic non sit delictum certum & ordinarium, & favorabiliter credi possit ædificasse minor inconsulta facilitate, & quod propter justitiam causæ suæ id sibi licere existimaret, quandoquidem minoribus jus ignorare permissum est *l. 9. in pr. de iur. & fact. ignor.*

Ad extremum in hac th. notandum est, quod in fine ait, spectari personam prohibiti & prohibentis, & huius tum in causa publica tum privata. Sed nimirum dicere debebat, *utriusque* quod utique oportet esse aliquem cui nuntiatur novum opus: cum & ipse th. seq. lit. D. diserte de persona prohibiti tractet.

THESIS II.

LIT. A.

Si incola enunciare poss. [handwritten marginal note]

Tractat hic de nuntiatione in causa publica, quam restringit ad cives, exclusis incolis & peregrinis. Et de his facile consentio, excepto si eorum intersit, veluti si ædificetur in via publica, quæ limitatio traditur à *Bartol. & Iason. in l. 3. §. ultim. h. tit. argum. l. 1. §. ultim. de via publica*, ubi indistincte omnibus interdictum datur. Sed quod ad incolas attinet, non dubito quin falsa sit Treutl. sententia, vel ex hac unica ratione, quod qui in civitate munera publica sustinet & subit, ille procul dubio etiam ius nuntiandi novi operis in causa publica facultatem habet: atqui incola muneribus publicis fungitur *l. 29. ad municipalem l. 1. 4. 5. & 6. Codic. de*

incol.

incol. l. 1. *C. de muncipibus.* Cui tamen obiici posse videtur *l.* 3. *Cod. de incol.* ubi dicitur eos qui in territorio alicuius civitatis commorantur, velut incolas ad subeunda munera non adstringi. Sed quoniã textus illi priores, in contrarium expressi sunt, vel dicam quod verbum *incolæ d. l.* 3. sumatur abusive & latius pro quocunque alicubi commorante: vel potius committi fallaciam vitiosæ explicationis, & hanc *d.l.* 3. esse sententiam, quod qui nec cives nec incolæ, tantum commorantur alicubi citra ullum ius domicilii, de quibus etiam tractatur *in l.* 2. *&* 4. *C. de incol.* eos velut incolas, id est tanquam incolas & pro incolis, ad munera subeunda non adstringi: ut ita hi simpliciter in aliquo loco commorantes, hoc ipso ab incolis distinguantur. Et igitur non dubitabimus, incolas in causa publica novum opus nuntiare posse. Neque quod *in d.l.* 3. §. *ult. h. tit.* dicuntur nuntiare posse cives, propterea incolas excludi existimandum est: cum præsertim nuntiatio in causa publica opponatur ei, quæ fit in causa privata, & non omnibus civibus, sed singulis competit: & JCtus de iis quibus principaliter & regulariter competit ius nuntiandi, voluit tractare. Non obstat etiam argumentum ab inquilino, qui nuntiare in causa privata nequit *l.* 3. §. 3. *h. tit.* etenim licet incola quasi inquilinus quidam civitatis esse videatur, simpliciter tamen cum inquilino ædium privatarum ex ratione paulo ante dicta, comparari non potest, quippe quæ ostendit plus habere incolam qui nudam habitationem: & illic domini est res suas curare, quod si non faciat, est quod ipsi imputetur, ipsa autem respubl. non nisi per membra sua nuntiationem exercere potest.

Inquilinum tamen & colonum.] Hos quidem proprio nomine nuntiare non posse constat *l.* 3. §. 3. *h. t.* sed an procuratorio nomine nuntiare possint, dubitatur, quod exemplo fructuarii Tr. affirmat: & cum itaque jus illud fructuarii in eo fundetur, quod quasi tacitum & generale mandatum circa administrationem rei à domino habere videatur, ut notant communissime *Dd. Bart. Bald. Ias. & alii in l.* 1. §. *ult. h. tit. & idem Bartol. in l. cotem*, §. *qui maximas de public. num.* 14. *&* 15. & probatur textu optimo *in l.* 1. §. *ult. ubi id etiam notat Bald. usufruct. quemadm. caveat*, quod fructuarius teneatur interpellare usucapionem, ut proinde procuratorio nomine actionem in rem movere posse videatur: cum in hoc illius sen-

An inquilin.

tentiæ de iure nuntiandi sit fundamentum, sequitur, siquidem inquilino & colono idem ius concedimus, in eius quoque persona tacitum mandatum intervenire videri. Hoc vero magis est ut falsum sit, licet dissentiat *Bald. in l. 3. §. si ego h. t.* quoniam ex simplici contractu conductionis mandatum eiusmodi induci non potest, quod ipse ait *Bald. in l. emtor. C. de heredit. vendit.* neque ei qui ius mere personale & temporarium habet, nuntiandi potestas concedi potest. Et hinc recte concludit *Bart. in d. §. si ego*, nec procuratorio nomine ab inquilino & colono nuntiari novum opus posse, quam opinionem communem esse Jas. ibid. testatur: ut ineptum esse videatur, quod Tr. utilitatis gratia receptum esse ait, ut nuntiare possint: quoniam ita recepta dicimus, quæ contra rationem & rigorem summi iuris expresse admissa sunt, in terminis autem his generalitas textus *in d.* §. magis suadet, ut negemus. Neque obstat citata à Tr. *l. 1. C. si per vim.* quoniam constitutio exorbitans & singularis extra terminos suos non est trahenda, & ut recte *Ias. in sæpe d. l. 3. §. si ego h. t.* non est ei locus, nisi duobus concurrentibus, si dominus sit absens, & si agatur de recuperanda possessione, quam alius absente domino per iniuriam occupat, pro qua recuperanda etiam servum audiri vult Imp. Et hinc sententiam hanc negativam limitat Jas. si dominus sit absens, nec ei renuntiari possit, & periculum sit in mora: ubi & aliam limitationem Bart. comprobat, si ex forma & verbis contractus tacitum mandatum colligi possit: quibus & hæc ex sententia Dd. addi possit, si sit conductio in decennium, quoniam ex hac dominium utile transferri communiter Dd. existimant: quo tamen posito ius nomine proprio nuntiandi ipsi fuerit concedendum. Illud autem hic etiam in vitio, quod ista quęstio non, ad nuntiationem in causa publica, de qua tamen lit. hæc tractat, sed privata, pertinet: neque dubium est, quin inquilinus si modo civis vel incola sit, in causa publica nomine proprio nuntiare possit. Itaq; Tr. hoc alieno loco proposuit, cum etiā quæ de pupillo minore & muliere sequuntur, ad causam publicā sint referenda.

An pupill.

Pupillus quoque.] De hoc quidem constat, quod ius nuntiandi in causa publica non habeat *l. 5. in pr. h. t.* quoniam & ipse per se inhabilis est, & autoritas tutoris quæ defensionem pupilli & administrationem concernit, nihil potest inhabilitando pupillo ad actum aliquem publicum, quem ipse tutor nomine proprio facere po-

re poteſt. Et frigida eſt ratio dub. quam movet Tr. quia civis ſit: quoniam hoc ſenſu, etiam infantes, furioſi, prodigi, mente capti cives ſunt. Sed de egreſſo pubertatem, an in cauſa publica nuntiari poſſit, eſt controverſia. Et gl. quidem *in d. l. 5. in pr.* verbo, *executionem*, idem quod de pupillo dicitur, ſtatuit in minore, niſi ſit maior 17. annis, cui ius nuntianti concedit: ſed Bart. & alii frequentius, relati à *Iaſ. in pr. d. l. 5.* ſimpliciter negant minorem 25. annis nuntiare poſſe. Porro eod. Jaſ. teſte nuntiandi quidem ſed non proſequendi facultatem minori conceſſit Raphael Cuman. Et pro gl. facit 1. quod favor publicus ſit magis extendendus quam reſtringendus. 2. Quod exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis, ſed *in d. l. 5.* tantum excipitur pupillus: & ergo non exceptus erit minor, ut quam minimum recedatur à regula *l. 3. §. ult. h. t.* quæ omnibus ciuibus ius nunciandi concedit: & quod Jaſ. ait, ſatis exceptum eſſe minorem, quod eius & pupilli ratio ſit eadem, ut forte alicubi admitti poſſit, ita ipſe Jaſ. non procedere animadvertit, ſi non de privatis negotiis, ſed publica cauſa tractetur. 3. pro gl. facit, quod nuntiatio eſt actus extrajudicialis, ut proinde non obſtet minori, quod legitimam ſtandi perſonam in iudicio non habet. Denique facit pro gl. hoc argumentum: Quicunque poteſt inſtituere popularem actionem, etiam poteſt nuntiare novum opus in cauſa publica: atquin maior 17. annis poteſt inſtituere actionem pupillarem: ergo, &c. Ratio maioris eſt, quoniam actio popularis eſt quæ tuetur ius populi *l. 1. de popular. act.* ſicut & eod. modo nuntiatio in cauſa publica ius populi tuetur *l. 1. §. nuntiatio. 16. h. t.* & facilius nuntiatio quæ actus extraiudicialis eſt, quam exercitium actionis popularis minori videtur permittenda. Minor probatur *ex l. 4. de popul. action.* ubi dicitur popularem actionem ei permitti cui ex edicto poſtulare licet: poteſt autem poſtulare maior 17. annis *l. 1. §. initium 3. de poſtuland.* Neque ſufficere videtur, quod reſpondet Bart. popularem actionem per litis conteſtationem fieri propriam agentis, ita ut poſt eam creditor dicatur *l. 12. de V. S.* Etenim hoc fallit utique in iis actionibus popularibus, ex quibus pœna non actori, ſed fiſco applicatur: ſed & ita ſequeretur, etiã minorem qui eſt infra 17. annos, actionem popularem movere poſſe, contra *d. l. 4. de popul. act.* Hæc licet ita ſint, magis tamen fere inclino in ſententiam Bart. quam communem eſſe teſtatur Jaſ. ex

hoc præcipue fundamento, quod si ædificans desistat post nunciationem ab opere, teneatur ei nuntians ad interesse, atque ita aut cum iniuria ædificantis restituetur minor, aut ex illa nuntiatione minor damno afficietur. Nec satisfacit hic quod Jas. respondet, quod hoc fiat ex accidenti, & quod sine dolo nuntiare possit minor. Etenim aut non est restituendus minor, aut ius nuntiandi ei concedendum non est: neque ex accidenti, sed magis ordinarie hoc contingit, quoniam post nuntiationem factam ab opere est desistendum. Quæ ratio efficit, ut satis communi jure prohibitus debeat minor videri, quoniam non subsistitur in actu nuntiationis, sed ad prætorem devenitur, de calumnia iurandum, & iudicium, dum alterius ædificandi sibi esse intendit, suscipiendum est. Porro ex centonibus in pandectas relatis, & de pupillo loquentibus, minorem admissum esse male concluditur. Cæterum quod ad *l. 4. de popul. act.* pertinet, mihi probabile non sit, quod minor iure suo & proprio popularem actionem instituere potuerit, ideoque aliter pro Bartol. ad illum textum respondeo: verbis illis excludi infamem & includi honestum, non autem includi etiam minorem, & quod de edicto de postulando ibi traditur non pertinere ad caput edicti, quod tractat de ętate, sed quod disponit super fama & infamia: idq; suadent verba *d. l.* 4. quib. dicitur admitti hominem vel personam integram, cui per edictum postulare licet, scilicet quoad illam qualitatem integritatis, non quoad qualitatem ætatis: etenim quoad illam, ubi nihil aliud obstat, coincidit ius postulandi & actionem movendi, non autem quoad hanc: & minori ius quidem postulandi datum est, si excesserit 17. annos, quia in persona advocati, ut Bartol. loquitur, non substantiatur iudicium, non autem ius movendi actionem ex propria persona. Quibus consequens est, nihil huc pertinere rationem quam Treutl. desumit *ex l.* 101. *de Verb. Obligat.* quamvis etiam communior sit sententia, minorem sine consensu curatoris ex contractibus civiliter non obligari, qua de re actum supra part. 1. disputat. 6.

LIT. B.

Qui habet dominium.] Sive directum, sive utile, aut si hoc ius domi-

dominio proximum appellare malis, cuiusmodi habent emphyteutæ, vasalli, superficiarii, quibus nomine proprio nuntiandi ius competit. Diversa & specialis ratio est in creditore, qui nec dominium nec servitutem habet, ideoque non satis bene cum illis coniungitur. nuntiat tamen novum opus *l.9.h.t.* quoniam verus rei possessor est, & interdicta possessoria habet, ad quæ tractatio hæc pertinet, maxime cum ipsius intersit, qui pecunia non soluta ius distrahendi habet.

Socius vero.] De socio, an & quomodo novum opus nuntiare possit, res non esse satis liquida videtur. Pendere videtur huius controversiæ decisio ab explicatione *l.3.§.quod si socius.2.h.titul.* si, inquit Ulp. socius meus in communi insula opus novum faciat, & ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum ei nuntiare possim: & putat Labeo, non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere ædificare, hoc est, vel per prætorem, vel per arbitrum comm. divid. quæ sententia vera est. Hactenus Ulp. quem ita explicat Bart. ut sensus sit: si opus per unum ex sociis in re communi factum, socio noceat, cessare nuntiationem cum competat actio communi divid. & officium iudicis mercenarium actioni deserviens: quem intellectum verum esse Jason quidem pronuntiat *in dict. l.3.* sed ego prorsus falsum esse non dubito. 1. quia probabile est eo modo verba, *per prætorem*, usurpari in *dict. l.3. §.2.* quo etiam usurpantur *in l.5.§.meminisse.10.h.tit.* ubi etiam fatente Jason. non potest intelligi officium mercenarium. 2. principiis iuris veteris repugnat, ut quod per prætorem fit, dicatur fieri officio iudicis mercenario subserviente actioni institutæ v.c. communi dividundo: quoniam non prætor ipse cognoscebat, sed arbitrum dabat. 3. quia iuxta hanc explicationem, superfluus esset JCtus proponendo duo remedia, siquidem concessa actione, necessario etiam officium iudicis concessum est. Et hinc 4. contra diserta verba JCti non esset duplex, sed unicum tantum remedium, ipsa actio & ei subserviens officium: siquidem ut ipse docet Bartol. non per actionem, sed per ipsum officium iudicis inhibetur ædificatio.

Neque sufficit quod Jas. respondet, quod actio causetur officium iudicis, & inducat prohibitionem cum effectu: quia

quia imo duplex remedium à JCto proponitur, quorum utrumque effectualem inducat inhibitionem. 5. Ineptum videtur quod Bart. identidem ait, impediri ædificationem officio iudicis, quod subserviat actioni vel intentatæ vel intentandæ: quoniam officio mercenario non nisi post intentatam actionem locus esse potest. 6. quoniam quod fit officio mercenario, ipsi actioni potius quam famulanti officio adscribendum videtur: quamvis Bart. hoc sensisse videatur, quod non demum per sententiam & eius executionem inhibeatur novum opus, sed statim ubi actio & cognitio cõcessa est, ex officio iudex datus inhibere opus possit. Sed nimirum ita unicum tantum hoc remedium est, quod usurpat socius per arbitrum fam. ercisc. cum quo idem esse non potest illud, quando per prætorem iuxta *d.l.*3. §. 2. nuntiatio inhibetur. Refutata igitur opinione Bart. quam communem esse tradit Jas. sequitur verissimam esse explicationem, quam eod. Jas. teste olim tradidit quidam Petrus de Besutio Labeonis & Ulp. *in l.* 3. §. 2. hanc esse sententiam, quod socio non possit nuntiari verbo vel jactu lapilli, sed possit ædificatio inhiberi vel per prætorem, id est per eam nuntiationem, quæ fit per prætorem, vel instituta actione communi dividendo: quam sententiam & explicationem etiam probat *Zas. lib.* 1. *singul. intell. c.* 1. Cui tamen hæc obiici possunt. 1. quod in genere dicitur *d.* §. 2. non posse nuntiari socio, inhibitio autem facta per prætorem & ipsa nuntiatio esse videtur *arg. d. l.* 5. §. 10. *h. t.* 2. obiicitur quod non videatur dari posse ratio sufficiens differentiæ, quare socio per prætorem nuntiari possit, non autem directo per ipsum socium, cum præsertim iis, qui plenum ius dominii in re habentes ædificant, nuntiari possit *per d.* §. 10. Obiicitur 3. quod *in d.* §. 2. dicitur non posse nuntiari novum opus, quia possit ædificans per prætorem prohiberi, atque ita stante explicatione Besucii non posset concurrere inhibitio prætoris cum aliis nuntiandi modis, contra *d.l.*5. §. 10. *h.t.* ex quo falsitas consequentiæ probatur, & proinde confirmari videtur, quod *d.* §. 2. accipiendus sit de officio mercenario, quod prorsus ordinarium est remedium: unde *ex d.* §. 2. regulam hanc eliciunt Dd. quod ubi locus est remedio ordinario, non concedatur extraordinarium. Quam obiectionem male cepit & intellexit *Zas. d. loc.* ubi putat ita Jas. concludere, quod si in specie *l.* 3. non concurrat inhibitio per prætorem cum alia nuntia-

tiatione, nullo plane casu concurrere sequeretur. Enimvero Jas. à ratione JCti ita concludit: si ideo non datur nuntiatio novi operis socio, quia alio remedio ipsi consultum est, & intelligitur ibi nuntiatio vel inhibitio, quæ fit per prætorem, iuxta explicationem Petri de Besutio, sequetur quod nunquam nuntiatio novi operis detur, cum iuxta *l.5.§.10.h.t.* possit per prætoré opus inhiberi. Quæ obiectio satis magni ponderis, minime autem, ut Zas. putat, festucaria est. His autem obiectionibus ita occurri potest, & 1. quod nuntiatio usurpetur & in genere & in specie, quatenus opponitur ei quæ fit per prætorem, cum præsertim, quod Raphael. Cumam. existimasse Jas. refert, prætor non dicatur nuntiare novum opus, sed inhibere, & iuxta sæpe *d.l.5.§.meminisse.10.h.t.* nuntiatio novi operis in specie significet denuntiationem à privato verbis factam, ita ut hoc sensu etiam iactui lapilli opponatur. Ad alteram obiectionem respondit Petrus de Besucio, quod nuntietur plenum dominium in re habenti, fieri in casu dubio, hic autem præsupponi constare, quod ædificans socius sit, cui ideo à socio nuntiari non possit, quod par in parem non habeat imperium. Quam solutionem ex duplici fundamento impugnat Zas. 1. quod potius meticulosum sit nuntiare novum opus *arg. l. 1. §. in operis h.t.* ubi qui nuntiat, dicitur adversarium facere possessorem. Verum hoc non eo contingit, quod nuntians meticulosus sit, sed propter qualitatem nuntiationis, quæ non nisi opus inhibet, nihil autem prorsus nuntianti asserit: cæteroquin etiam per iactum lapilli ædificans possessor efficeretur contra *l.5.§.10.h.t.* 2. responsionem illam everti Zas. ait, *ex l.deniq. §. si ex sociis. quod vi aut clam.* Quod ego non animadverto, quoniam ibi tractatur de instituto interdicto ordinario: non interdictione & inhibitione privata, quæ in hac materia autoritate prætoris permissa omnino imperiosi quid continet, quoniam post eam factam desistere ędificans, aut opus factum postea demoliri tenetur. Sed nec inepta videtur Zas. responsio, quod nuntiatio fiat in rem certam & determinatam adeoque non contra socium ædificantem in re communi, cuius partes singulæ etiam minime cuiusque socii sunt pro indiviso: & cum nuntiatio in specie sumta possessorem faciat ædificantem, socii hic ex æquo possidere præsupponuntur. Ad tertium responderi potest, 1. quod nuntiatio permittenda fuerit privato, quod non raro periculum

est in mora, ut non fuerit imponenda necessitas semper adeundi prætorem. 2. retorqueri potest, quod si licet ita concludere: potest alio remedio succurri, ergo non potest nuntiari, sequeretur contra *l.5.§.10.h.t.* quod fere semper adeundus esset prætor, cum præsertim dubio procul hæc inhibendi ratio sit ordinaria, & quod de periculo in mora affertur, non universale sed particulare est. Et cum itaque verba JCti *in l. 3.§. hoc tit.* absurdum inferant sensum, ita accipienda & explicanda videntur, ut per quandam occultationem quædam omiserit & dissimulaverit JConsultus, quæ sint præsupponenda, quod scilicet propter rationes ante dictas non possit nuntiari socio. Cui quoniam obesse videbatur, quod ita iniuria inferretur socio, removendæ huius obiectionis gratia subiecisse JCtum, aliis remediis socio prospectum esse. Illud denique hic notandum, insubiliter dici à Tr. nuntiari non posse socio, nisi per prætorem vel actione communi divid. id fiat: quoniam hoc posteriori modo prorsus non dicitur nuntiari novum opus: neq; ita loquitur JCtus *in d.l.1.§.2.h.t.* sed quod alia ratione ab ædificatione socius possit prohiberi.

Huc pertinet quæstio.] Cum dixisset de socio, & nuntiatione per prætorem facta, subiicit, huc pertinere quæstionem, an ædificium communi parieti ab uno sociorum impositum, sit demoliendum. Equidem citati *Bart. in l. quidam Iberus. de servit. urban. præd.* & *Boer. cons.5.* hoc saltem docent, quod ædificium impositum parieti communi, fiat commune, quod & tradit *Florian. in d. l. quidam. Cæpoll. de servit. urban. præd. c.40.n.19.* Sed alia quæstio est si non ædificari intersit socii, & hic per prætorem prohiberi fecerit socium, an ædificium contra factum sit demoliendum: quod omnino contra responsum Tr. est affirmandum, quoniam hic omnis nuntiationis & legitimæ prohibitionis in hac materia est effectus. Et nulla prorsus consequentia est, quam facere videtur Treutl. ædificium fit commune, ergo non est destruendum: quoniam commune quidem erit, si socius ædificium stare velit, cæteroquin eius interesse potest ne maneat, neque prohibitio, quam factam esse præsupponere oportet, frustra esse debet. Quod si Treut. casum non factæ prohibitionis intelligit, quæstio ista nihil huc pertinet: sed nec proxime subiecta de ædificio extructo in pariete non communi, sed alieno: eoque casu in terminis non factæ nun-

nuntiationis admitti potest quod ait Treutl. non protinus diruendum ædificium, sed si non sit manifestum vicini incommodum, precium solvendum esse. Et quidem admitti potest, non ex ratione mera acquisitionis, de qua tractatur *D. & Instit. de acquir. rer. dom.* quę dominium ædificii adiicit domino parietis, sed ex ratione & æquitate civili, per quam ius illud acquirendi moderari & temperari potest. Videtur autem ideo Tr. mentionem fecisse vicini, quod ratio hæc æquitatis in alio quocunque in alieno muro ædificante militare non potest.

Lit. C.

Aut servitutem.] Treutl. indistincte propter servitutes sive rusticas sive urbanas novū opus nuntiari existimat, tum ex ratione, quod utrobique iuri nostro noceatur, tum ex textu *in l. un. de remission.* ubi dicitur eum nuntiare posse, qui dominium vel servitutem habet. Sed nimirum ad fundandum ius nuntiandi, non satis est quocunque modo noceri alicuius iuri, sed necessum est nuntiantem intendere posse ius ædificandi alteri non competere: quod ius ex constitutione cuiuscunque servitutis non acquiri probavimus contra Treut. supra *part.* 1. *disp.* 17. *th.* 11. Propositio autem JCti *in l.* 1. *de remiss.* verificatur satis, si propter aliquas servitutes nuntiari novum opus potest, ut d. loc. ostendimus, & falsum est quod hic Treut. ait, falsitatis argui Ulp. nisi propter omnes & singulas servitutes opus novum nuntiari posse statuamus.

Usufructuarius vero.] Jam antea diximus, quod fructuarius quasi ex generali quodam mandato, atque ita procuratorio nomine novum opus nuntiare possit: ex quo necessario efficitur, ipsi domino, qui mandatum adversus se ipsum non potest videri dedisse, frustra nuntiare. Sed Julianus etiam proprio nomine adversus alium nuntiandi ius concessisse videtur, quippe qui ei etiam ius vindicandi servitutem realem fundo debitam concesserit *l. 2. h. t. l. un. de remiss.* à quo iure vindicandi ad ius vindicandi novum opus in persona creditoris infert *Caius in l. 9. h. t.* Cui sententiæ Juliani obstat *l. 1. in pr. si usufr. pet.* qui textus cū generaliter ius vindicandi fructuario neget, ad casum instituendæ eius

actionis contra dominum restringi non potest, Et Accurs. quidem *in d. l.* 1. distinguit tum inter actionem directam & utilem: tum inter vindicationem servitutum immediatam & per consequentiam, quæ ipsa vindicatione usufructus continetur: quæ ipsissima est sententia Vultei prolixe proposita *cap.* 18. *disceptat. scholast.* contra quam disputavimus supra *part.* 1. *disput.* 16. *th.* 12. eaque satis confutatur *ex d. l.* 1. *de remission.* & *d. l.* 1 *si usufr. petat. l.* 2. & 14. *de novi oper nuntiat.* quibus & aliis plurimis locis tria hæc, vindicare usumfructum, vindicare servitutem realem & nuntiare novum opus perspicue à se in vicem non solum distinguuntur, sed etiam opponuntur: & prorsus improbabilis explicatio est, Vultei, ad *l. un.* §. 4. *de remiss.* verborũ, *secundũ quod opus novum nuntiare, poterit*, id est, per consequentiã vindicando servitutem intelligetur nuntiare novum opus: quoniam imo Iulianus a jure vindicandi servitutem infert ad ius nuntiandi novum opus, sicut eiusdem generis illatio est, in persona eius qui potest vindicare servitutem *in l.* 9. *h. t.* & manifeste confunditur illa explicatio ex verbis seqq. *in d.* §. 4. ubi dicitur utilem esse remissionem, de qua instituta vindicatione servitutum, non nisi ridicule & inepte quæri potest: sed & alias inepta esset distinctio Iuliani inter vicinum & dominum, & iuxta explicationem Vult. pariter contra dominum & vicinum novum opus nuntiari posse diceremus: at vero cum contra dominum vindicationem saltem ususfructus concesserit Iulianus, sed contra alios & vindicationem & nuntiationem, confusio ista rerum per se etiam essentia distinctarum, ab usu nostri iuris plane abhorrens, nullo modo ferenda est: cum nec quicquam certius sit, eum dici nuntiare novum opus, qui iuxta edictum prætoris nudis verbis ædificanti denuntiat, quod remedium in paulo ante dictis textibus & *in l.* 3. §. 2. *h. t.* remedio actionis omnino opponitur.

LIT. D.

Ait hic Tr. personam prohibiti esse vicinum proximum vel inferiorem. Quod intelligendum est dictum de persona principali, qui ædificari curat, & cui effectu inspecto novum opus nuntiari intelligitur: cæterum ipsa simplex nuntiatio, modo in re præsenti fiat, etiam ad alias personas immediate dirigi potest *l.* 5. §. *si quis forte* & §. *præced. h. t.* Videtur alias enumeratio ista vicini

pro-

proximi & inferioris non esse sufficiens: quoniam siquidem adversus eum qui in nostro ædificat nuntiatur novum opus, ut lit. E. simpliciter ait Treut. non videtur hoc recte restringi ad vicinum: neque enim dicere quis possit, ædificantem in nostro, hoc ipso effici vicinum. Amplius nec videtur bona oppositio vicini proximi & inferioris, quoniam & hic proximus esse potest: nisi forte Tr. per proximum intelligit vicinum contiguum, & per inferiorem eum, qui interiectis aliis ædibus remotior est iuxta casum *l.* 4. §. *ult.* & *l.* 5. si servitus vindicetur, ubi dicitur servitus imponi posse ædibus remotioribus, licet intermediæ sint liberæ, dummodo hæ sint depressæ, ut interim, dum non extolluntur, sit utilitas servitutis. Verum hoc casu qui servitutem debet, & cui nuntiari adeo possit novum opus, etiam potest esse vicinus superior, velut ita in his terminis *in l.* 8. *h.t.* JCtus ait nuntiari posse vicino remotiori, quem appellat nominatim superiorem: & cum JCto potius Tr. loqui debuisset.

Satis est si in repræsenti.] Hoc quidem non ad illud quod de persona præmissum erat, sed magis ad formam pertinere videtur: neque enim tantum hæc forma est ut fiat per prætorem vel verbis vel lapilli iactu, sed etiam ut fiat in re præsenti iuxta *l.* 5. §. 4. *h. tit.* Verum sequentia verba apud Tr. hoc restringunt & explicant, ex quibus apparet, id eum principaliter docere, & ita quod in thesi proposuerat limitare voluisse, quod verba nuntiationis, etiam ad alium quam ad ipsum dominum principalem dirigi possint.

Itaque tot erunt nuntiationes.] Hoc quomodo cum præced. cohæreat non video, nisi forte Treut. ex eo quod de nuntiatione in re præsenti facienda dixerat, hoc quasi consectarium elicere voluit, contra plures ædificationes, in diversis locis factas, totidem etiam nuntiationibus esse opus: ideoque post verba, tot erunt nuntiationes, subaudiendum erit verbum, necessariæ.

LIT. E.

Distinguit in thesi nuntiationem quod vel fiat per partem vel per prætorem. Quod intelligendum est immediate, quoniam mediate quæ fit per prætorem aditum & imploratum, recte dicitur fieri per partem. Et igitur immediate per partem fit nuntiatio duobus modis, iactu lapilli per manum & verbis nudis, quæ

nuntiatio in specie dicitur *d. l. 5. §. 10. h. t.* & contra ædificantem in nostro cum damno adhibetur, quoniam ut *in d. §. 10.* ait JCtus hoc modo ædificantem possessorem facimus: quomodo explicandus est Tr. dum ait hanc non usurpari, si in nostro ædificetur utiliter. Verum quod hoc modo possessor ædificans dicitur effici, ei obiicitur quod vulgo traditur, destinata ad effectum & finem certum, non posse aut debere operari contrarium: nuntiatio autem novi operis introducta est iuris nostri conservandi & damni depellendi gratia *l. 1. §. nuntiatio. 16. h. t.* ergo non debet inducere & operari amissionem possessionis. Respondit hic Ludovicus Romanus referente *Ias. in l. 1. § in operis 6. h. t.* quoniam is, cui nuntiatur novum opus aggravatur in uno, ut cogatur destruere ædificium, eum debuisse in altero relevari, ut acquireret possessionem. Sed hæc responsio manifesto vitiosa est, & rectius Jason ibid. respondet, quod nuntiatio principaliter sit introducta ad inhibendum opus quod alter facit in suo solo & proprio: ut habeat quod imputet sibi qui hoc remedio utitur, cum posset inhibendo opus quod in ipsius solo fit per prætorem vel iactum lapilli, retinere possessionem. Mihi vero etiam fallacia in argumento proposito committi videtur, quoniam utcunque amittatur possessio interim & quasi momentanea, nihilominus tamen ius nostrum cui fini præcipue nuntiationem facimus, inspecto effectu, hoc modo conservamus. Deinde obiicitur, quod imo non fiat ædificans possessor per nuntiationem, sed demum per satisdationem, ut probatur *ex l. si alius 7. §. ait Iulianus. 2. quod vi aut clam.* ubi dicitur licere ei ædificare qui satisdedit, cum hoc ipso possessor constituatur. Sed facilis videtur responsio, hæc non esse contraria, & hoc respectu dici ædificantem possessorem fieri per nuntiationem & per necessariam consequentiam, quoniam nuntians hoc ipso permittit ædificanti satisdare, ita quippe concepto edicto, si satisdetur, remittatur nuntiatio: quæ etiam sententia videtur *Duaren. hoc tit. cap. 6.* ubi probat eorum opinionem qui ideo transferri putarunt possessionem, quod permittatur ædificare ei cui nuntiatum est, si satisdare voluerit, qua satisdatione accepta nuntians amittat ius prohiben-

di:&

di: & ita quoque *Vaud. lib.* I. *quæst.* 53. possessorem, inquit, adversarium, in operis novi nuntiatione fieri, non ita intelligendum est, ut sola nuntiatio verbalis transferat possessionem, sed ut sequuta demum satisdatione remissioneque habita ædificans hoc ipso possessor constitui intelligatur: eaque olim fuit sententia Raphael. Cuman. referente *Iason. in dict. l.* 1. *§. in operis, 6. hoc titul.* qui dixit per nuntiationem amitti possessionem causaliter. Quamvis ex adverso dici possit, *in d. l.* 7. *§.* 2. *quod vi aut clam.* hunc effectum tribui satisdationi, quia cum post eam præstitam demum liceat ædificare, tum demum etiam appareat effectus translationis, quæ alias per simplicem nuntiationem iam ante translata fuerat. Alii tamen teste eod. Jason. *d. l.* 7. *§.* 2. *quod vi aut clam* restringunt ad nuntiationem quæ fit per prætorem vel iactum lapilli, quasi ex his causis demum post satisdationem possessio transferatur. Quæ sententia & divinatoria est, & contra textum *in l.* 5. *§.* 10. *h. tit.* ubi JCtus simpliciter istis modis possessionem transferri negat: quæ alias differentia inter tres ibi propositas nuntiationis aut inhibitionis species nullius esset momenti, cum is cui nuntiatur statim adire prætorem, & satisdatione oblata remissionem petere possit. Ipse autem Jason aliter distinguit, utrumque verum esse, quod & per simplicem nuntiationem & per satisdationem ædificans possessor constituatur: sed illo casu possessionem esse nudam & cum vitio quodam clandestinitatis & violentiæ coniunctam, præstita autem satisdatione & accedente permissione prætoris effici iustam *argument. l.* 11. *de acquirend. possess.* Cæterum idem Jason contra explicationem Raphael. Cuman. hoc obiicit, quod ita sequeretur, etiam nuntiatione facta per iactum lapilli vel per prætorem, statim ædificantem fieri possessorem, quoniam & his casibus permittere satisdationem intelligatur nuntians, qua satisdatione hic quoque præstita ædificium liceat continuare. Hanc obiectionem ut evitaret Raphael Cuman. teste *Iasone in dict. l.* 1. *§. in operis 6. & in l. de pupillo* 5. *§. meminisse* 10. *hoc titul.* novas induxit opiniones & statuit 1. eam interdictionem, quæ fiat verbis, & immediate per eum, cui nocetur, esse nuntiationem, eas autem, quæ per iactum lapilli vel prætorem fiunt, inhibitiones dici,

non

non novi operis nuntiationes. 2. satisdationi tantum esse locum, ubi verbis nuntiatum est à vicino, secus, ubi per prætorem vel iactum lapilli: quam utramque propositionem, sed nulla vel Jasonis, vel Raphaelis facta mentione probat *Duar. hic cap. 6. & ad d.l. 5. §. meminisse 10. h.t.* 3. ubi inhibitio facta est per prætorem, vel per jactum lapilli, non esse locum interdicto demolitorio. Alia singularis opinio est *Zas. 2. singul. intellect. 15. ad l. 5. §. meminisse, h.t.* ubi ait, quod eum qui in nostro ædificat, tribus remediis, sed ædificantem in suo, non nisi uno, videlicet nuntiatione verbali prohibere possimus. Et prima quidem Raphaelis propositio confirmatur & ex notatione proprietateque verbi nuntiationis, & ex *l. 1. §. 6. h. t.* quam ipsi Dd. de hac specie explicant, itemque *ex l. 5. §. 10.* ubi nuntiatio opponitur inhibitioni quæ fit per prætorē vel lapilli jactum. Et licet *in l. si opus. 16. h. tit.* ad quam nescio quid respondere conetur Duar. ibid. vel etiam alibi verbum nuntiationis tribuatur inhibitioni prætoriæ, hoc tamen dicere possumus factum per quandam abusionem & verbo generalius accepto, & respectu effectus, inhibitionis operis, qui hic quoque communis est. Altera propositio confirmatur, 1. quod edictum prætoris, quo sub conditione satisdationis, remittitur satisdatio, non nisi ad eam nuntiationem, quæ verbis fit, pertinere videtur, & nimirum ad illam, quam prætor nove edicto suo introduxit, quoniam jactus quidem lapilli, qui speciem quandam & imaginem violentæ inhibitionis obtinet, ex jure civili fuisse videtur, argum. eorum quæ de vi festucaria scribit *Gellius libr. 20. c. 10.* ordinarium autem illud fuit, ut contra iniuriosam ædificationem imploraretur officium prætoris: & consequenter ad has inhibitionis species, de quibus edictum non loquitur, satisdatio non pertinebit. Deinde confirmatur hæc propositio, quoniam si in istis quoque speciebus admittimus satisdationem, vix effugiemus, quin eum, qui præstita cautione ius ædificandi acquisivit, possessorem effici dicamus, contra *d. l. 5. §. 10. h. tit.* Et hinc 3. quod aliâs ratio vera dari non posse videtur, propter quam nuntiando faciamus ædificantem possessorem, non autem iactu lapilli vel implorato officio prætoris *l. 1. §. 6. & l. 5. §. 10. h. t.* etenim gl. ratio *in d. §. 6.* quā ibid. Bart. probat, quod sit meticulosus qui nuntiat novum opus, ipso Jas. fatente insufficiens & frigida est, neque concludi recte videtur, quod meticulosus amittat pos-

possessionem: quin imo ille potius talis videatur qui magistratus officium implorat, quam qui nuntiando, satis imperiose ædificari vetat. Illa autem perspicua ratio est, quod cui satisdatione præstita facultas ædificandi datur, hoc ipso possessor constitui videtur. Et hinc nihil absurdi erit, si textus de satisdatione loquentes ad nuntiationem verbalem, de qua etiam edictum conceptum est, & de qua in dubio textus intelligendi sunt, restringantur. Neque absurdum, sed magis rationi conveniens habendum est, suppetere alia remedia, per quæ cui damnum ædificando infertur, statim ut causa cognoscatur & diiudicetur citra moras satisdationis & alias, consequi & impetrare possit. Tertiam propositionem probavit Raphael Cuma. *ex l.* 5. §. 10. *inf. h. t.* ubi contra eum qui in nostro ædificat, contra inhibitionem, ut quidem illud explicat Raphael, dicitur dari interdictum, quod vi aut clam, & uti possidetis. Sed præterquam quod inde ad negandum interdictum demolitorium non recte infertur, respõdet etiam Jason in vers. illo, eum qui in nostro ædificat, opponi ei, qui ædificat in suo & à se possesso, contra quem interdicta ista non accommodantur. Et facit contra illam propositionem quod dicitur *in l. si opus* 16. *h. t.* si prætor cum iussisset opus novum nuntiari, mox prohibuerit, non posse agi ex priori nuntiatione quasi adversus dictum eius factum esset: & ergo alias ita agi poterit, & quidem ad nihil aliud, nisi ut opus factum destruatur, *arg. l.* 5. §. *si quis forte.* 4. *in f. & l.* 20. *in pr. &* §. 1. *h. t.* & sane non debet impune esse contemtus sive nuntiationis sive cuiuscunque legitimæ inhibitionis: ut pars illa edicti quæ opus postea factum destrui voluit, omnino etiam ad has inhibitionis species sit referenda.

Cæterum Zas. opinionem suam confirmat *ex l.* 5. §. 10. *h. t. vers. at si in suo*, ubi JCtus, cum antea *in pr.* §. tria remedia proposuisset contra eum qui in nostro ædificat, subiicit *in d. vers.* si quis in suo quid faciat, quod nobis noceat, necessariam esse novi operis nuntiationem. Et reperio idem probari *Duar. in d.* §. 10. ubi sæpius repetit, non esse aliud remedium contra ædificantem in suo, nisi operis novi nuntiationem. Et videtur huius opinionis probabilis hæc ratio dari posse, communis quidem, quod iniuria inferri videatur ædificanti in suo, si præcise desistere, & nec oblata quidem satisdatione pergere possit: quæ scilicet ratio stringit ex hypothe-

ſi, quod iuxta paulo ante dicta non ſit locus ſatiſdationi, ubi per prætorem vel jactum lapilli opus eſt inhibitum. Specialis autem ratio eſt in jactu lapilli, quod per eum quaſi de poſſeſſione deiici quis videtur, qua in ſuo ædificans, non temere eſt ſpoliandus. Sed valde obſtat huic ſententiæ *l. & ſi forte. 6. §. 1. ſi ſervit. vind.* ubi JCtus ait, circa ius altius tollendi vel non, ſi à me nihil innovetur, adverſarium fieri poſſeſſorem, & poſſe me ædificantem prohibere actione civili, interdicto quod vi aut clam & jactu lapilli. Reſpondet hic quidem Duar. id eo pertinere, quod etiam per jactum lapilli inhibendo, ſi alter deſiſtat, ego fiam poſſeſſor, non tamen ut propterea, ſi nolit, cogatur deſiſtere ab ædificando. Verum mihi non ſapit hæc reſponſio, quoniam tria ibi proponuntur remedia, quibus inhibeatur ædificatio per eum qui jam poſſeſſor iuris factus erat, eo quod nihil alter innovaſſet, ut ibid. tradit JCtus. Neque pro abſurdo habendum videtur, ſi præciſe ædificans ab opere deſiſtere cogatur, quoniam idem inſtituta civili actione aut interdicto, quod vi aut clam, obtinetur, ut remediorum concurrentium idem merito ſtatuatur effectus. Neque dicere poſſis ſpeciale eſſe, quod ibi prohibens eſt poſſeſſor: quoniam tantum eſt poſſeſſor juris: neque ideo minus verum eſt, quod alter ædificet in ſuo. Neque movet quem Zaſ. adducit, textus *in d. l. 5. §. 10. h. tit.* quoniam ut Jaſ. reſpondet, opponitur ibi nuntiatio non duabus illis ſpeciebus inhibitionis, per prætorem & iactum lapilli, ſed remediis quæ proponuntur *in verſ. ult. d. §. 10. h. t.* videlicet interdicto quod vi aut clam, & uti poſſidetis, quibus recte experimur ubi quis ædificat in noſtro, non autem ubi quis in ſuo. Quod ſi hæc reſponſio paulo durior alicui videatur, quod utique tres illi inhibendi modi invicem opponi videntur, dicam non eſſe captandum illud verbum *neceſſaria.* ſed cum gloſſ. Bartol. & aliis pro, *utili*, accipiendum: quoniam hactenus opponitur caſus, ubi quis in noſtro, & ubi in ſuo ædificat, quod illo quidem male nudis verbis nuntiemus, ſed hoc caſu recte & utiliter, cum alias ædificans poſſideat: maxime ſi iuxta ante dicta ponamus, ſi per prætorem vel jactum lapilli nuntiatum ſit, non eſſe locum ſatisdationi, quæ adeo ut ſibi præſtetur non niſi per verbalem denuntiationem conſequi quis poteſt: ſed & amplius reſpexiſſe ibi videtur JCtus effectum retinendæ

nendæ possessionis, ad quem commoda & apta est inhibitio per prætorem & jactum lapilli contra ædificantem in nostro, sed inepta contra eum qui ædificat in suo, ubi ipse alias ædificans rei est possessor. Sed de hoc nimis fortasse multa: & breviter tantum hic notemus, 1. quod *Hottom. 2. observ. 4. inf.* verba *d.* §. 10. *per jactum lapilli*, putat esse imperiti interpretis, quoniam inhibitio per manum significet violentam dejectionem ab opere. Quæ emendatio necessaria non videtur: quoniam ipse jactus lapilli speciem quandam habebat violentæ cuiusdam inhibitionis & dejectionis: neque aliud remedium *in dict.* §. 10. intelligi potest, quam de quo tractatur *in l.* 1. §. *sed etsi quis. 6. quod vi aut clam. & l. 6.* §. 1. *si servitus vindicetur.* 2. Quod non recte à Tr. *hac lit.* E. *in princip.* nuntiatio, quæ fit verbis tantum, quasi restringatur ad inhibitionem ædificii, quod fit contra ius servitutis. 3. iniuriam fieri Zas. quasi hic nihil interesse existimet inter nuntiationem, quæ fit nudis verbis, & inhibitionem prætoriam: contra quam ex jam dictis, & traditis ab ipso Zas. 1. *intellect. singul. c.* 1. & 2. *intellect. singul.* 15. apparet.

LIT. G.

Quod initio exegeseos ait duabus posterioribus speciebus tunc nos uti, cum in nostro ædificatur, iuxta ante dicta explicandum est, quod iis utamur tutius & utilius, cæterum cum damno possessionis etiam nuntiatione in specie dicta uti licet.

Quid si nudis verbis.] De jure destruendi eius, quod in nostro ædificatum est, distinctius agi oportet: & initio à *Bartol. Iason. & aliis in l.* 1. §. *nuntiatio hoc titul.* regula traditur affirmativa, quod illud destruere possimus: eaque ampliatur, ut non tantum procedat in domino vero, sed etiam in bonæ fidei possessore; neque tantum in domino directo, sed etiam utili, veluti emphyteuta, vasallo, superficiario, ad quos spectat omnis utilitas rei, plenissima possessio omnimodum ius interdictis possessoriis, & utili in rem actione contra ipsum etiam directum dominum rem persequendi, ut post alios tractat etiam *Bartol. in dict.* §. *nuntiatio. numer.* 9. Ratio autem regulæ

istius affirmativæ pendet ex eo, quod in meo ædificatum efficitur meum, cuius me adeo moderatorem & arbitrum esse oportet arg. *l. 21. C. mandati*, eoque pertinet quod traditur *in l. si in area*, 33. *de condict. indeb. l. Paulus. 14. de except. dol. mal.* contra eum qui ædificium in suo solo positum occupavit, nullam actionem impensarum nomine competere: ut consequenter efficiatur, dominum soli qui in possessione est, de re ipsius solo inædificata, liberrimum disponendi ius habere. Et ad hanc sententiam confirmandam adducuntur textus 1. *in l. 29. §. 1. ad L. Aquil.* ad quem quid respondeat *Vaud. 2. quæst.* 30. ego non intelligo, & ex ratione decidendi satis demonstratur, rescindi posse & recidi, quod in meo factum est. 2. *in l. sed si inter 27. in pr. de servit. urban. prædio.* ad quam inepta est prior Accurs. explicatio, quam sequitur Vaud. quod non agendo perdam actionem. 3. *in l. ult. §. si ad ianuam, Quod vi aut clam*, quoniam licet ibi propter simplex illud factum refigens teneatur interdicto, tamen effectu intentio nulla est, siquidem cogitur actor pati, ut refigens absolvatur: & ineptum est quod ibi fingit Vaud. per tabulas illas affixas impeditum fuisse exitum ex ædibus, ut nec potuerit adiri prætor. Non obstat autem *l. 1. §. 1. quod vi aut clam*, quin imo nihil ad rem facit, cum loquatur de ædificante, qui propter vitium clandestinitatis & violentiæ, cuiusmodi nullum hic est, ædificatum destruere cogitur. Illa vero nulla consequentia est: si qui in suo contra nuntiationem ædificat, licet postea ius ædificandi se habere probet, demoliri cogitur, adeoque simpliciter ædificare non potest: ergo nec quod in meo ædificatum est cum iniuria, mihi destruere licebit. Non obstat etiam *l. 6. §. 1. arbor. furt. cæsar.* quoniam ibi non tractatur de eo quod totum in meo est, sed quod quis ex suo, ita ut in eo fundetur, in meum immisit & proiecit, inter quæ diserte distinguit *ICtus in d. l. 29. §. 1. ad L. Aquil.* Et ad propositionem illam, quod in meo ædificatum destruere possum, hæc indubitata limitatio est, nisi fundamentum habeat in alieno. Est & altera, nisi ipse qui ædificarit, rei quodammodo incumbat, ita ut ego plenus & absolutus possessor esse non videar. Est & limitatio tertia, nisi nuntiatio verbis facta, & ita translata sit possessio *l. 1. §. 6. & l. 5. §. 10. h. t.* Quod hoc loco sublimitat Tr. nisi destruatur incontinenti: cui sublimitationi obstare videtur, quod contradictionem quandam implicat, non posse destrui translata

posses-

possessione, & tamen posse in continenti, ubi possessio translata est: siquidem translatio possessionis destructioni impedimento est: nisi quis putaverit, in continenti pœnitere, & nuntiationem, ipsamque adeo simul possessionis translationem reuocare permissum esse. Verum potest illa sublimitatio hic defendi, quod ut supra ex Jas. tradidimus, ædificans utcunque possessor effectus per nuntiationem, violentus tamen possessor esse videtur: & sicut igitur per vim deiectus, possessionem quam amisit, antequam ad alia divertat, in continenti invasorem, iterum deiicere, & possessionem suam recuperare potest: ita quoque hic nuntiator possessionem translatam in continenti revocare, & ædificium poterit destruere: facit *l. 1. §. sed etsi cum §. seq. quod vi aut clam*, ubi dicitur vim facere, qui contra nuntiationem ædificauit: & amplius facit, quod supra ex sententia Raphael. Cuman. disputavimus, non per simplicem nuntiationem, sed magis per sequutam satisdationem, ædificantem fieri possessorem: & hanc pro ista sublimitatione fuisse sententiam Alberici refert *Jas. in d. l. 1. §. nuntiatio*. Sed mihi verior videtur sententia Bart. qui simpliciter tradit post factam novi operis nuntiationem amplius ædificatum in nostro destrui non posse: quoniam vitiosa est comparatio violenti invasoris & permissæ in continenti deiectionis, siquidem hoc casu ab ædificante in acquisitione possessionis non committitur violentia, sed ea facto ipsius nuntiantis in ipsum transfertur: & ut maxime iuxta sententiam Raph. Cuman. demum per satisdationem vere acquiratur possessio, satis tamen est ædificanti per nuntiationem concessam esse facultatem satisdandi, qua possessionem qualiter qualiter iam quæsitam justificare quasi & confirmare possit. Nihil autem huc pertinet *l. 1. quod vi aut clam*, ubi committi dicitur vis, si quid contra nuntiationem factum sit, de quo casu hic non disputatur: v. etiam *inf. disp. 21. th. 1. in F.* ubi hanc quæst. de jure destruendi eius quod in nostro ædificatum est, repetit Tr.

Illud generaliter verum.] Ait quamuis nuntiationem posse fieri die feriato: & ita videtur reprobare opinionem *gl. in l. 1. §. nuntiatio h. t.* quæ distinguit inter eam quæ fit verbis vel jactu lapilli, & eam quæ fit per prætorem, quasi hoc modo die feriato opus novum inhiberi non possit. Et sane *d. §. nuntiatio l. 1. h. t.* loquitur de ea specie quæ fit verbis: neque tamen propterea excludit eam

Sic die feriali fieri pot.

quæ fit per prætorem, & ea quoque quæ prætoris aditionem desiderant, si tamen sine causæ cognitione & prorsus de plano expediantur, die feriato fieri posse, censet *Bald. in d. § nuntiatio nu. 2.* ubi tamen, & cum eo *Ias. ibid. col. 6.* hoc limitant & restringunt ad ferias quæ propter necessitatem hominum introductæ sunt, veluti, messium, vindemiarum, secus autem in iis quæ honori divino dedicatæ sunt *argum. l. dies festos. Cod. de fer.* ubi omne ministerium apparitorum inhibetur, de quo etiam agitur supra *part. 1. disputat. 4. thes. 4. lit. C.* Atque hęc ita se habent in nuntiatione: sed circa eiusdem prosequutionem & remissionis petitionem, probanda videtur distinctio *Bart. in dict. l. 1. §. nuntiatio h. tit. num. 26.* quod aut desideretur causæ cognitio, aut oblata satisdatione, quam forte nuntians accipere detrectat, petatur remissio: quod posterius die feriato poterit expediri. In eo autem recte videtur à Jas. reprehendi Bart. quod existimat, prosequutionem nuntiationis die feriato fieri posse, si alter ædificare pergat: quoniam imo nuntianti satis per interdictum demolitorium, iuxta *l. 20. h. t.* prospectum est.

Item solet fere præmitti.] Hic quidem manifestus lapsus est, quod nuntiationi præmittatur iuramentum calumniæ, quod nimirum absurdum fuerit ædificantem extraiudicialiter exigere posse à nuntiante, & hunc ita præstare teneri: & ultro perspicuum est, quod & ibid. Bart. Jason tradunt, textum *in l. 5. §. qui opus 14.* tractare de nuntiationis prosequutione, eiusque iustificatione, ubi scilicet ad prætorem devenitur, & de satisdatione præstanda, & remittenda nuntiatione tractatur.

THESIS III.

LIT. A. & B.

Tollitur morte.

Tollitur morte vel alienatione.] Hoc scilicet summarium tradunt interpretes *ad l. non solum. 8. §. morte 6. h. t.* quod nuntiatio sit personalis ex parte nuntiantis, sed realis & in rem ex parte eius cui nuntiatur: idque & in universali & particulari successore. Eius autem rei effectus, quo ad nuntiantem est, ut post huius mortem alter ædificare possit, perinde ac si nulla facta fuisset nuntiatio: nimirum si re integra decesserit nuntians,

quod

quod factum intelligitur, etiamsi satisdatum fuerit, ut recte ait Treutl. & contra gloss. confirmat *Iason in d. §. morte col. 3. inf.* quod si enim vivo nuntiante & ante satisdationem quid ædificatum fuerit, ius experiendi interdicto demolitorio quæsitum nuntianti, in heredes transibit, iuxta *l. 20. §. ultim. h. t.* Ex quibus efficitur falsum esse, quod ait Treut. videri factum esse vi aut clam, quod mortuo nuntiante factum fuit: etenim quod post nuntiationem ipso iure annullatam & extinctam factum est, non potest dici contra nuntiationem factum. Limitat autem Tr. principalem propositionem, quod morte nuntiantis finiatur nuntiatio: nisi quis pro se & heredibus suis nuntiaverit: quam limitationem ex Dd. tradit *Ias. in d. l. 8. §. 6. h. t. col. 2.* & ita producit, ut etiam quis pro se & successoribus singularibus nuntiare possit, hoc effectu, ut v. c. re, propter quam nuntiavit, vendita, ius suum emtori cedere cogatur. Sed mihi valde dubium videtur, an quod natura sua est mere personale, simplici voluntate hominis transmissibile fieri possit: quod nec quidem conventione partium, qua natura rerum variari non potest, effici posse crediderim. Neque movet adducta à Jas. *l. antiquitas 14. C. de usufr.* quoniam fit illud propter voluntatem defuncti, qui liberum disponendi ius habet, ut usus fructus non tam ipso iure transeat in heredem fructuarii, quam potius in huius persona ipso iure finitus, heredi eius iterum à testatoris herede sit præstandus. Non movet etiam citata à Treut. *l. 27. §. 1. de recept. arbitr.* quia stipulatio inter duos contracta, & ex ea nata obligatio, licet super eo quod alias personale est, facilius transit in heredes.

LIT. E.

Satisdatione.] Ea scilicet præstita constat pergere licere ædificanti, interim scilicet, ipsius periculo: quoniam si ius ædificandi eum non habuisse postea probetur, opus demoliendum erit. Subiicit autem Treut. adeo hoc obtinere, ut ædificans spatium trimestre expectare necesse non habeat, id enim à Justin. in provinciis non pro inhibitione ædificii post cautionem præstitam, sed pro causæ terminatione *in l. un. Cod. h. tit.* constitutum esse. Atque hic iterum Treut. non obscure lapsum apparet, quoniam nec canonistæ nec alii interpretes, post, præstitam

Satisdatione, [illegible]

stitam

ſtitam cautionem menſes tres expectandos exiſtimant, ſed ut notatum ad th. 1. ante ſatisdationem, quo ſcilicet trium menſium ſpatio, ſi fieri poſſit, iudex cauſam ipſam principalem decidat, aut ſi altioris indaginis ſit, tum demum ad ſatisdationem ædificantem admittat. Cur autem ad provincias conſtitutionem Juſtin. *in d.l.un. C. h. t.* Tr. reſtringat, & an Italiam vel quam aliam regionem excipiat, non ſatis animadverto: utique conſtitutio generalis eſt, & translato in orientem imperio, ipſa Italia provinciæ loco eſſe cæpit.

Cæterum cum Tr. in th. præced. nuntiationis in cauſa publica & privata factæ, feciſſet mentionem, inter modos quibus tollitur nuntiatio, non tantum referre debebat ſatisdationem, ſed etiam repromiſſionem, quæ in cauſa publica ſufficit *l. 1. §. 6. de prætor. ſtipul.*

LIT. D.

Prætoris contraria prohibitione.] Haud ſcio an recte ad hoc citetur *l. ſi opus. 16. h. t.* in qua videtur prætor revocaſſe quod juſſerat, antequam ædificanti nuntiatum eſſet: licet etiam ad caſum nuntiationis jam factæ referri poſſit, quod & ratio ſubiecta ſuadet. Illud autem expeditum eſt, quod prætor etiam non præſtita cautione poſſit ex officio permittere ædificare: quod ſcilicet facit, cum remittit nuntiationem: quæ adeo remiſſio non recte pro modo ſeparato finiendi nuntiationem lit. ſeq. proponi videtur: vix enim ſimpliciter prætor citra ullam cauſam quaſi pro imperio libero ædificationem ſit permiſſurus.

LIT. E.

De remissione.

Poſt cauſam cognitam remiſſione.] Cauſæ cognitio vel cauſa cognita ambigue hic dicitur: neque enim plene cauſa cognoſcitur, quod ad judicium poſtea inſtituendum pertinet, ſed qualiter qualiter, & aliquando citra ullam cauſæ cognitionem nunciatio remittitur, veluti ſi ſtet per nuntiantem quominus ſatiſdetur *l. 20. §. ſi quis. h. t.* unde etiam aliquo modo iudicium fieri poteſt de ſubiecta controverſia inter *Cuiac. 1. obſ. 16. & Robert. 2. animadverſ. 30. & 31.* Et Cuiac. quidem, quem Tr. ſequitur ita ſtatuit: ubi nuntiatio tenet inutilem eſſe remiſſionem, ſed ubi non tenet, utilem eſſe remiſ-

remiſſionem Robert. ex adverſo contrarius, ubi nuntiatio tenet, utilem, ubi non tenet inutilem eſſe remiſſionem. Cuiacii fundamenta ſunt *ex l.1. in pr. h. t.* ubi dicitur remitti prohibitionem quatenus qui nuntiaſſet nuntiandi ius non haberet: *& ex l. un. in pr. & §. 2. de remiſſion.* ubi dicitur nuntiationem miſſam fieri, in quo non teneat, & ibi demum factam remiſſionem, ubi nuntiatio non tenet. Ad hanc controverſiam explicandam, verborum quorundam & phraſium homonymia & ambiguitas notanda & evolvenda eſt: & nimirum cum nuntiatio tenet utilis eſt remiſſio, ratione initij, hactenus, ut interim in opere pergere liceat: ſed inutilis eſt ratione exitus, quoniam ubi poſtea adverſariũ ius ædificandi non habuiſſe conſtiterit, opus demoliendum erit. Sed & cum nuntiatio non tenet utilis eſt remiſſio, ut nimirum omnimodo & ſine periculo demolitionis opus liceat continuare: ead. tamen & inutilis non inepte dicetur, quippe ſupervacanea, & qua non petita in opere pergere licuiſſet. Ex quib. apparet aliã eſſe fallaciã homonymię, in verbis, *tenere & non tenere*: ſiquidem tenet nuntiatio modo legitime & à perſona habili facta ſit, licet poſtea alter ius ædificandi ſe habere probare poſſit: ſimpliciter autem tenet, ſi alter jus ædificandi non habeat, & qui licet pręſtita ſatisdatione perrexerit, poſtea opus demoliri tenetur: ſicut ex adverſo non tenere poteſt dici ea, quam poſtea ædificans iniuria factam eſſe probabit licet ea facta ante præſtitam ſatisdationem opus inhibere oporteat: & ſimpliciter non tenere, quæ propter defectum in perſona vel ſolennitate, vel qualitate operis impune contemni poteſt. Idque eſt, quod eleganter Accurſ. notat *ad l.1. in pr. h. t.* verbo, *eatenus:* duobus modis poſſe quem dici habere ius nuntiandi & prohibendi, tum inſpecta veritate, veluti ſi cui debeatur re vera ſervitus, tum inſpecta permiſſione juris, licet ei non debeatur modo rite nũtiatio fiat & ab eo qui alias in genere ius nuntiandi habet: & paulo ante, aliud eſt inquit nuntiare poſſe, & aliud prohibere cum effectu finaliter. Ubi ex eod. Accurſ. & illa diſtinctio notanda eſt, quod aut ſimpliciter alter ius ædificandi non habet, aut habet ſecundum quid, & ad certum modum: veluti ſi quis debeat ſervitutem altius non tollendi ultra decem pedes, ſi ædificet, ſed intra menſuram, nuntiatio nihilominus valet, ſed petente eo cui nuntiatur, hactenus remittit prætor nuntiationem, quate-

nus ultra illum modum non extollantur. Quod iuxta ſententiam Juliani *in l.un.de remiſſ.* etiam accommodari poteſt ad fructuarium, qui vicinum non dominum non omnimodo, ſed quatenus iuri utendi fruendi nocetur, impedire, eiq; novum opus nuntiare poteſt. Et hæc vera videtur eſſe ſententia *l. 1. in pr. h. t.* quod hactenus remittatur nuntiatio, quatenus qui nuntiavit ius prohibendi non habuit. Et huc etiam pertinet diſtinctio *Zaſ. 2. intellect. ſingul. c. 19. ad d. l. 1. in princip. h. tit.* ubi tradit, nuntiationem dupliciter conſiderari: uno modo quoad factum eiuſque veritatem adhuc dubiam, altero, quoad nudam ex edicto nuntiandi formam & poteſtatem. Ex quibus omnibus efficitur, hanc quidem propoſitionem Cuiac. quando nuntiatio eſt inutilis, utilem eſſe remiſſionem, commode defendi, ſive inutilis ſit nuntiatio ratione exitus, quo caſu omnimodo vera eſt propoſitio, ſive ſimpliciter inutilis, quia ſupervacua cautela non nocet, ut remiſſio à prætore petatur: ſed alteram illam, quando nuntiatio tenet, inutilem eſſe remiſſionem, omnino eſſe vitioſam nec admittendam, quæ etiam communiter à Dd. improbatur, qui ex hac ratione, quod privatio præſupponat habitum, tum demum ubi nuntiatio tenuit, remiſſionem utilem eſſe tradunt. Et ſane ita eſt, ut ubi modo nuntiatio rite iuxta permiſſionem edicti facta eſt, quo caſu utique tenere dicitur, ſive ædificans omnimodo, ſive ſecundum quid ius ædificandi habeat, nuntiatio utilis ſit: quandoquidem, quod vel maxime hic obſervandum eſt, non tantum ad eum effectum remiſſio fit à prætore, ut omnimodo liberrime & ſine periculo deſtructionis pergere liceat, ſed etiam ad eum effectum quem habet præſtita ſatisdatio, ut interim liceat ædificare. Et ad hunc effectum etiam & fortaſſis regulariter remiſſionem à prætore factam fuiſſe confirmatur ex eo, quod ante remiſſionem non plene cauſam cognoſcebat prætor, ſed tum demum ubi hic vel ille nuntians vel ædificans ius ædificandi non eſſe vel eſſe inſtituto iudicio contendebant: tum ex eo, quod paſſim remiſſionem & ſatisdationem æquiparari videmus, quod etiam ipſe facit Treutl. dum ſatisdatione & remiſſione tolli nuntiationem tradit: & per remiſſionem non cauſam decidebat prætor, ſed in eum ſtatum rem deducebat, in quo ante nuntiationem erat, atque ita iuri nuntiantis quoad exitum rei non præiudicabat, neque eatenus ædificantis cauſam approbabat.

cui comparationi remissionis & satisdationis necessarium consequens est, ut ubi nunciatio tenet, remissionem utilem esse statuamus: quoniam hic est effectus satisdationis, non ut omnimodo, sed ut interim pergere liceat: idque confirmatur *ex l.* 5. §. *si is cui* 17. *h.t.* secundum quem qui satisdare vult, non necesse habet adire prætorem, & petere remissionem nuntiationis: *& ex l.* 20. §. 1. *h.t.* ubi negatur quicquam operis fieri posse antequam vel nuntiatio missa fiat, vel vice remissionis satisdatio interponatur: facit quod dicitur *in d.l.* 20. §. 5. si stet per nuntiantem, quo minus satisdetur, remitti nuntiationem, scilicet ut interim ædificare liceat. Quin imo & si ponamus hunc esse remissionis effectum, ut prorsus impune & sine periculo demolitionis liceat ædificare, nihilominus verum erit, utilem esse remissionem, ubi nuntiatio tenuit, hactenus scilicet ut citra remissionem ædificans pergere non posset: quod quidem plusquam manifestum est, & ut concludamus invicta hac ratione probatur: quod si nuntiatio quæ manus ligat ædificanti, ut pergere non possit, utiliter remittitur, sequitur necessario contra Cuiac. ubi nuntiatio tenet, utilem esse remissionem: siquidem eam nuntiationem quæ constringit ædificantem, tenere oportet. Atquin prius est extra omnem controversiam & extat *in d.l.* 20. §. 1. *h.t.* ubi negatur ius ædificandi, antequam remissio facta sit: ergo & posterius.

Pacto etiam tolli potest.] Hoc quidem est extra omne dubium: cæterum notāt Dd. *Bart. Bald. & Zas. in l.* 1. *in prin. h. titul.* remissionem fieri vel à lege, vel ab homine: & hæc vel privato, qui in causa propria nuntiavit, vel à magistratu: à lege vel simpliciter, veluti si nuntiatio notorie frivola sit, quæ tamen improprie remissio dicitur: vel interveniente facto hominis, videlicet satisdatione, quoniam hac præstita aditione prætoris opus non est *l.* 5. §. *si is cui* 17. *h.t.*

Affine remedium.] Pertinet hoc ad explicationem *l.* 5. *si quis ipsi.* 7. *h.t.* ad quem locum quatuor intellectus proponit gl. ex quibus tres posteriores inepti, sed prior verus est, quod tractetur ibi de prætore ipso ædificāte, cui utpote magistratui populi Romani novū opus nuntiari nō possit, sed protestatio hoc nomine interponēda sit, quæ tamen sola iuxta *d.* §. 7. nō sufficit, sed postquā ꝑtor abiit magistratu ei nūtiatio faciēda, q̄ retro trahitur ad tēpus ꝓtestatio- De protestatione ex l. 5. h. t.

nis, ita ut quicquid post eam factum est destrui oporteat. Et hunc intellectum Tr. sequitur, quod non possit novum opus nuntiari ipsi prætori. Ratio redditur à *gl. in d.* §. 7. quam ibid. Bart. probat, quoniam magistratus non potest in ius vocari, quod admissa nuntiatione fieret per indirectum, si prætor actionem qua quis intendit altius ædificare non licere, excipere, vel ab alio magistratu remissionem petere teneretur. Sed huic sententiæ & rationi quatuor obiiciuntur 1. quod nuntiatio est actus extraiudicialis, cum præsertim si ædificans satisdationem offerat, prorsus non sit necesse adire magistratum. 2. quoniam ubi ius alicuius tempore periturum est, etiam magistratus in ius vocari posse debet, hactenus saltem ut litis contestatio fiat *l. SCto. 16. de offic. præsid.* 3. quod protestatio tantum operetur quantum ipsa nuntiatio, quoniam quicquid post illam factum est destruitur *d. l. 5. §. 7.* ut ita prætor si pergere velit nihilominus jurisdictioni alterius magistratus se submittere & remissionem petere teneatur: quod & eum facere posse notat Bart. *in d.* §. 7. *nu.* 23. 4. quia nuntiatio potest fieri die feriato *l.* 1. §. 4. *h. t.* cum tamen in feriis nemo in ius vocari possit *l. 1. in pr. de feriis*, ut adeo à vocatione in ius ad nuntiationem non videatur esse bona consequentia. Et propter has quidem obiectiones referente *Ias. in d. leg. 5. §. si quis ipsi. 7. h. t.* Dinus Alber. & Raphael Cuman. aliter acceperunt *d.* §. 7. vel quod re vera illa nuntiatio sit, modestioribus saltem verbis propter reverentiam magistratus côcepta: vel quod non intelligatur *in d.* §. impedimentum iuris, sed facti, quod scilicet alter timeat & perhorrescat prætorem. Verum has explicationes recte improbat Jas. etenim *in d.* §. 7. nuntiatio opponitur protestationi, & prætori nuntiari posse negatur, & post protestationem, postquam scilicet prætor magistratu abiit, requiritur nuntiatio, quæ cum præcedenti protestatione coniungatur. Neque deest, quod obiectionibus superioribus respondeatur: & ad 1. quia habet utique quandam speciem nuntiatio citationis alicuius & vocationis in ius & plerumque vel propter remissionem impetrandam, vel propter causam nuntiationis, quæ à nuntiante edenda, & ab eo de calumnia iurandum est, itemque propter formam & qualitatem satisdationis, in ius & ad magistratum deveniendum est. Ad 2. vel quod *in d. l. 16.* non tractetur de magistratu in ius vocando, sed alios in ius vocante, cui quam parcissime

cissime ius dici voluit senatus: vel quod in nostro casu non est omnimodum periculum, quia post Magistratum depositum contra prætorem ordinario iudicio quod annale non est, experiri licet. Ad 3. licet idem effectus sit, in re ipsa tamen multum interest, cum etiam protestatio alibi fieri possit, nec præsentiam eius, cui fit protestatio, desiderat: & satis est non esse eundem effectum eo tempore quo magistratus durat, quod præcipue hic spectatur, siquidem prætor durante officio, nec satisdare tenetur, nec interdicto demolitorio convenitur, licet postea fere idem effectus sequatur: quamvis Jas. notet multa intervenire posse, ne postea necessum sit opus demoliri. Ad 4. aliud esse quærere de tempore, quo potest fieri vocatio in ius, aliud de persona quæ potest vocari. Cæterum de materia protestationis vide quædam apud *Jas. in d. l. 5. §. si quis ipsi. col. 3. vers. secundo nota*: & eundem latissime *in l. non solum 8. §. morte de nov. oper. nunt. c. 5. in pr. & multis seqq. & ibid. prolixe Bart. à num. 11. usque ad 68. & Alciat. ibid. à n. 29. usq; ad 114.*

THESIS IV.

LIT. A.

Sequitur de interdicto, quod vi aut clam, quod ait esse de opere jam facto, ut scilicet opponatur nuntiationi, quæ impedit opus futurum: licet non simpliciter priori materiæ hoc nomine opponi possit: siquidem interdictum, quod vocant demolitorium, de quo *in l. 20. §. 1. de novi oper. nuntiat.* etiam datur propter opus factum: adeoque eo casu, quo contra nuntiationem ædificatum est, cum isto interdicto, quod vi aut clam, concurrere videtur: quoniam ut Tr. ait *ex l. 1. §. 6. & seqq. quod vi aut clam*, qui contra nuntiationem sive verbis sive jactu lapilli factam ædificat, vi fecisse intelligitur, ut proinde & huic interdicto, *quod vi aut clam*, & illi, de quo *in d. l. 20.* locum esse oporteat. Et igitur vi factum specialiter hic usurpatur & significat, quicquid post & contra legitimā prohibitionem factum est. Et in hoc est affinitas huius interdicti, *quod vi aut clam*, cum materia præcedenti: sed quoad clandestinitatem nulla aut exigua esse videtur, nisi quatenus clam aliquid fit ad evitandam novi operis nuntiationem *l. si immaturam 18. §. 1. quod vi aut clam.* quo adeo casu opus est hoc interdicto, cessante eo quod proponitur *in l. 20. de oper. nov. nuntiat.*

LIT. B.

Ei cuius intereſt.] Adeoque etiam competit colono & fructuario, non ſimpliciter, ſed quatenus nocetur fructibus *l.* 11. §. *ult. l.* 12. *&* 13. *in pr. l.* 16. *in pr. l.* 19. *quod vi aut clam.*

Etiam ei cui ſub pacto.] Ait etiam ei competere, cui ſub pacto addictionis in diem fundus venditus, & interea precario traditus eſt, de eoq; controvertere ait Cuiac. & Robert. Quod ita ad cit. *l.* 11. §. *ſi fundus &* §. *ego* 12. *quod vi aut clam*, referendum eſt, quod controvertant de eius §. lectione, nam alias res ipſa ſatis perſpicue *in d.* §. *proponitur*, de quo actum cit. à Treutl. loc. *part.* 1. *diſput.* 28. *theſ.* 9.

Idque verum eſt.] Pertinet hoc ad remotius, quod hoc interdictum detur iis, qui vel ipſi prohibuerunt, vel quorum nomine prohibitum fuit: & in hoc tamen non conſumitur tota vis huius interdicti, cui locus eſt, etiamſi citra nuntiationem præcedentem per vim fuerit ædificatum.

LIT. C. & D.

Interdictum hoc ad id datur, tum ut in priſtinum ſtatum de ſtructo opere res reſtituatur *Weſemb. in par. hic, arg. l. is qui* 11. §. *ſi tutoris* 6. *quod vi aut clam*, tum ut omne damnum & intereſſe præſtetur iuxta *l. ſemper* 15. §. *hoc interdicto* 7. *& ſeqq. dict. tit.* ex qua parte is tenetur qui dolo poſſidere deſiit *dict. l.* 15. §. *eum autem* 10. *eod.*

LIT. E.

Non tamen contra eum.] Quod negat dari contra eum qui denuntiavit ſe opus facturum, ad eam partem pertinet qua coercetur qui clam ædificauit: quoniam denuntiatio non obſtat quo minus quis per vim ædificare poſſit. Cæterum Treutl. male hic accepit & percepit ſententiam *l. ult.* §. *fin. quod vi aut clam.* dum ex ea proponit, denuntiantem non intelligi clam feciſſe, & ſi confeſtim poſt denuntiationem fecerit: quoniam imo ex ſententia JCti *in d.* §. *ult.* ne dicatur clam factum, neceſſe eſt ſtatim poſt denuntiationem factum eſſe: alioquin ſi poſt longum tempus fiat, poteſt videri clam factum, quod vis illa denuntiationis expiraſſe cenſeatur. Bart. autem cit. *in d.* §. *ult.* hoc notat ſi quis ad aliquem a-

ctum

ctum in nonis vel vesperis citatus esset, actum illum debere fieri ea ipsa hora, cæteroquin si alia hora fieret, non valere, tanquam factum parte non citata: quod tamen procul dubio nimis superstitiosum & captatorium fuerit, ut tractat *Menoch. lib. 2. cas. 46.*

LIT. F.

Intra annum.] Et hunc quidem currentem ex tempore quo opus perfectum est vel fieri desiit *l. 15. §. 4. h. t.* adeoq; non à die scientiæ, fortassis quia non nisi crassa ignorantia prætendi posset: ex quo fit, ut si opus probabiliter ignorari potuerit, non obstet exceptio annua iuxta *d. l. 15. §. sed si is 5. h. t.*

THESIS V.

LIT. A. & B.

Incipit hic tractare de cautione damni infecti, quæ est remedium subsidiarium, cui adeo ut Tr. ait locus non est, ubi ordinaria actione experiri licet *l. 18. §. ei cuius. 7. & §. ei qui 4. §. sed quid fiet 9. in f. l. si ædibus 32. inf. h. tit.* nihil autem facit cit. à Treut. *l. 33. h. t.* quoniam ibi obstat personæ inhabilitas.

Duo autem lit. B. requisita refert Treut. ex parte eius qui petit sibi caveri 1. ut iuret de calumnia. 2. ut iure habeat ædificatum, cui ex opere vicini imminet damnum: quoniam quod iure ædificatum non est, cum in eo sit ut destrui debeat, frustra ne quid ei damni detur, caveri postulatur.

LIT. C.

Dominum aut possessorem.] Possessoris nomen hic ambiguum est, quoniam subiicitur tam de eo, qui alieno, quam qui suo nomine cavet: alioquin personæ hac lit. enumeratæ, emphyteuta, superficiarius, vasallus, suo nomine cavere videntur: ut proinde non recte cum istis personis coniungatur creditor, quem satisdare oportere responsum est *in l. si finita. 15. §. item quæritur 25. h. t.* & de illis quod non satisdêt, & quod suo nomine caveant, textus est *in l. qui bona 13. §. 1. h. t.* ubi dicitur eum repromittere qui nō dominiū, sed ius habet, veluti servitutē: quod quidem de simplici servitute prædiali pter rationem explicari mihi videtur à Paul. Castr. ibid. ut quis nomine ædium

ne ædium ruinam minantium, quæ ipsi servitutem v. c. altius non tollendi debent, damni infecti cavere teneatur, utcunque cum eod. Castrens. id postea limitante ad eiusmodi servitutem restringas, cuius intuitu ruente domo serviente dominus prædii dominantis sentiret damnum. Ideoque *d.l.13* §.1. de superficie vel usufructu commodissime explicaretur, nisi obstaret *l. hoc amplius 9.* §. *quæsitum 4.h.t.* ubi superficiarius satisdare tenetur: quod idem in §. seq. dicitur de fructuario. Et distinctio quidem Roger. relata ab *Accurs. in d. l.* 13. §. 1. inter servitutem realem & personalem ex præmissis confutata videtur: sed & conciliationem Accurs. *in d.* §. *quæsitum*, (quod intersit, an superficiarius nomine domini absentis qui convenitur, velit cavere, an nomine proprio conveniatur) refutat generalitas textus indistincte loquentis: sicut & commentitium videtur, quod respondet Castrens. *in eod.* §. *quæsitum*, speciale esse quando uterque convenitur ut veniat ad cavendum, quo casu censeatur velle actor, quod quilibet caveat pro iure suo: & alias etiam creditorem de quo eod. modo loquitur *d. l.* 15. §. 25. *h. t.* satisdare non teneri sequeretur. Haud scio an *d. l.* 13. §. 1. restringi possit ad casum qui tractatur *in l. damni 30. h. t.* si quis propter usum servitutis sibi constitutæ in alieno quid faciat: quo casu eum non satisdare sed repromittere *in d.l.* 30. §. 1. concluditur: atque ita restringenda erunt verba, *qui ius habet in d.l.* 13. §. 1. quoniam alias creditor & magis fructuarius & superficiarius ius in re habent, sub quo prædicato etiam coniunguntur *in l. eorum 19. in pr. h. t.* quamvis hac de re, & an satisdatione opus esset an repromissio sufficeret, disputatum fuisse, apparet *ex l.* 11. *& d.l.* 30. §. 1. *h. t.* & ostendit simul *d. l.* 30. *in pr.* angustius esse quod ait Tr. hic de possessore ædium, quia sufficit tale opus esse ex quo damnum iure metuatur.

Si dubium sit.] Si dubium sit, dominus sit nec ne, tum sub exceptione satisdandum esse ait Tr. Hoc vero non ad personas, sed ad modum pertinet, eoque sub lit. E. & F. tractandum erat: & nimirum si de eo dubitetur, adeoque an satisdandum an repromittendum, altero satisdationem petente, altero repromissionem offerente, satisdari iubet prætor sed sub hac exceptione, nisi dominus sit: quo postea approbato, vires amittit satisdatio, & fideiussores accepti per exceptionem defenduntur.

LIT.

LIT. D.

Quod pro tribunali postulandum.] Negat tamen opus esse litis contestatione & libello: & dubitandi rationes pro Bart. *in l. dies.* 4. §.*hoc autem* 8.*n.*10. hæ afferri possunt. 1. quia postulatio cautionis dicitur actio *l. inquilino* 30.*h.t.* 2. adduci potest *l.* 5.*ne quid in loco publico*, ubi datur actio ut damni nomine caveatur. 3. facere videtur *d. l.* 4.§.*in eum cum* §.*seq. h.t.* ubi dicitur iudicium & iudicium dari. 4. adducit Bart.*d.l.*4.§.*toties* 6.*h.t.* ubi dicitur libellum proponendum esse 5. hac ratione utitur Bart. quod ubicunque pro tribunali imploratur nobile officium iudicis, & causa cognita opus est, velut hic *l.* 7.*in pr. h.t.* libello opus sit. His ita respondeo & ad primum ita dici generalius sumto verbo, ut etiam imploratio officii nobilis contineatur, ut notant Dd. & præ cæteris *Ias. in* §.1. *Instit. de action. ex l. actionis.* 37.*de obl. & act.* Ad 2. quod ibi non de postulatione cautionis, sed actione quadam propria & singulari ex *l.*12. *tabb.* tractetur. Ad 3. manifestam committi fallaciam, quia per iudicium iis locis non intelligitur postulatio cautionis, sed actio propria, quæ contra eum, qui neque cavit neque in possessionem esse passus est, à prætore est constituta *l.*7.*in pr. vers. in eum*, & apparet ex ipsa *l.* 4. §. 7. & datur scilicet eo casu quo iam cautio postulata fuit, ut docet §.8.*d.l.*4. Quarta obiectio inepta est, quod libellus *in l.* 4.§.6.*h.t.* non significat supplicationem & petitionem aliquam prætori exhibitam, sed scripturam loco denuntiationis, quæ in casu absentis requiritur *l.*4.§.5. ad ædes adversarii, ut in ipsius notitiã res perveniat, propositam. In quinta ratione dubitandi, nulla est consequentia: quia implorari officium iudicis etiam simplici petitione sine scriptis potest. Porro libello stricte ut alias sumto, pro formula quam prætor dabat, etiam prorsus inepta fuerit ratio dubitandi, quoniam prætor partes ad iudicem hic non mittit, sed ipse decernit. Et hinc apparet longe certius esse, non esse hic opus litis contestatione, (utcunq; scriptura implorandum officium prętoris, esse admittamus) quin nec locum ei hic esse posse, ubi ad iudicem non pervenitur, sed tota res cognitione extraordinaria apud prætorem tractatur & expeditur: ut hic ignorantiæ iuris veteris lapsus sit Bart. *in d.l.*4.§.6.*n.*11. ubi tamen fatetur, processum in quo omissus fuit libellus, omissa etiam litis contestatio ob id non fore nullum. Et tamen litis contestatione materialiter sumta, pro

contradictione, etiam in iis quę nobili officio judicis expediuntur, & pleniorem causæ cognitionem requirunt recte opus esse dicitur, ut not. inf. *Disp.24.th.4.lit.e.*

Sicut nec propterea] Hoc cum præcedd. non cohæret, & otiosa adeo est particula, *sicut*: ceteroquin frigida & jeiuna quæstio est, an sint tria, an duo tantum decreta: & si totum illud negotium super causa damni infecti ratione eius à quo cautio postulatur consideremus, recte tria decreta constituuntur, *per l.7.in pr.h.t.* Ait enim prætor 1. satis dari jubebo. 2. in possessionem ire iubebo. 3. cum iusta causa erit, possidere iubebo. Alia si personam petentis & decreta, ut ita loquar ei ius in retribuentia tantum attendamus, duo tantum apparet esse decreta.

LIT. E.

Suo nomine per stipulationem.] Remittit ad Ant. Fab. 3. *coniect.* 1. ex quo sit petenda ratio, cur ista sit stipulatio cautionalis, cum tamen nullam novet actionem: & ergo ita colligit Treutl. Omnis stipulatio cautionalis novat actionem: hæc est talis: ergo &c. Major quidem est Ant. Fabri, sed ea nimirum falsa & ab ipso Tr. supra improbata *disp.2.th.6.lit.A.* ubi per stipulationem duplæ, quæ cautionalis est, actionem emti novari negat: & cætera quoq; Ant. Fab. citato loco non elegantia, sed frivola & nullius pretii sunt, contra quæ bene disp. Gædd. *d. contrah. stipul. cap.5. conclus. 19. n. 245. & seqq.* quæ commodiori loco examinabimus.

LIT. F.

Alieno per satisdationem.] Non satis accurate opponuntur satisdatio & stipulatio, quoniam & hic stipulatione & promissione, & ipsius rei, & insuper fideiussorum opus est, cum illo casu sufficiat solius rei simplex repromissio.

Quæ satisdatio fideiussoribus.] Pertinet hoc ad generalem quæstionem, an prætoriæ stipulationes & cautiones etiam pignoribus, an tantum fideiussoribus fieri possint, de qua re agitur supra *part.1. disput.5.th.2.*

Et quidem tempus.] Sententia hæc est Tr. ex *l.7.in pr. & l.15.§.2.h.t.* quod cautio hæc habere debeat tempus & diem adiectum, cuius assignatio & determinatio in causa privata arbitrio magistratus permittatur, etenim in causa publica ab ipso prætore determinatum est *d.l.7.in pr.*

Cum

Cum autem ante dictum sit.] Ratio hæc dubitandi in quæstione an socius socio damni infecti nomine cavere teneatur, sumitur *ex l. si ædibus* 32. *h. t. inf.* ubi dicitur non esse locum cautioni, ubi aliud remedium superest. Et ex eod. textu non distinguendum principaliter, sed regula negativa statuenda videtur: quoniam iuxta *d. l.* 32. sive ædes communes solæ proponantur, ex quarum ruina propter culpam socii non reficientis socio damnum, inferri possit, sive communes ædes meis propriis ruinam minari dicantur, cautionem damni infecti petere non possum: quoniam aut commun. divid. judicio, ut mihi reficere liceat, experiri possum, *l si ædes* 12. *comm. divid.* vel etiam instituta actione iure socii ædes pro indiviso communes reficiam, & impensas actione vel pro socio vel commun. divid. repetam. Cui sententiæ obstare videtur *l. inter quos* 39. *h. t.* ubi in casu parietis communis duobus casibus necessaria dicitur satisdatio, si unus solus ædificet, & si alterius ædificium pretiosius sit. Varias adhæc componenda conciliationes in *d. l. inter quos* 39. adducit Bart. vel quod speciale sit in pariete, qui individuus est, vel quod ibi necessarium explicandum sit pro utili, vel quod intersit inter remedium quo occurratur ne damnum fiat, & remedium quo succurratur ubi damnum datum est. Ipse autem *Bart.* hanc illius necessitatis reddit rationem, quod per actionem pro socio & commun. divid. non satis consultum sit alteri, quia in cautione damni infecti veniat aliquid ultra culpam *l. damni.* 18. §. *ei qui* 3. *h. t.* Verum ita & in casu *l.* 32. *h. t.* necessaria esset futura cautio. Videri fortasse possint tractari casus dissimiles *in l.* 32. *&* 39. *h. tit.* quod nimirum in casibus propositis in *d. l.* 32. refectione ædium communium perfecte damnum amovere & amoliri possum: sed non ita possum *in l.* 39. ubi tantum communis murus, sed nullæ ædes communes, verum utrinque ædes propriæ proponuntur, communi muro incumbentes, quem ita reficere ut certo non ruat, in mea potestate non est, maxime si alterum ædificantem proponas, & onus fortassis maius impositurum: adeoque cum præsertim *ex d. l.* 32. appareat, non præcise excludi cautionem, quippe quam inutilem JCtus appellat, tanto facilius in dubio, ubi per remedium ordinarium liquido damnum cavere non potest, cautio admittenda erit: & cessat simul objectio *ex l. si ædes duodecim commun. divid.* sicut ex adverso huic

explicationi patrocinatur *l.ex damni.40.§.1.h.t.* ubi tractatur de socio qui nimis pressit vel oneravit communem parietem. Et ex duobus casibus propositis *in d.l.39.* prior expeditus est, quando unus solus ædificat, sed alter de ædibus alterius pretiosioribus dubius: an intelligatur quando uterque ædificat, an quando neuter, & sufficiat hoc tantum, quod alter pretiosiora habet ædificia: quod posterius probat *Ant.Fab.2.coniectur.9.* & explicationem priorem manifestissimum omnium fere Dd.errorem appellat. Sed poterat verius & modestius loqui, tum quia ipsa gl.utramque explicationem proponit, tum quia explicatio de casu utriusque ædificantis, non usque adeo absurda aut fatua habenda est, cum ex ipsa *l.39.* colligi illa sententia possit:& speciale est *in l.40.§.1.h.t.* quoniam interest, an quis culpa quadam premat parietem communem, an alias citra culpam reficiat ædes aut extollat. Et contra alteram explicationem de casu neutrius ædificantis pugnat ratio paulo ante adducta, quod actione commun.divid.hoc consequi possit socius, ut communis paries reficiatur. Frigide hic respondet Ant.Fab. necessariam esse cautionem, si alter reficere nolit, & vel pecuniam non habeat, vel quam habet fænori potius occupare velit. Etenim ratio decidendi *in l.si ædibus.32.h.t.* hæc est, non quod socius velit, sed quod possit reficere, quod præsertim sine ipsius fiat damno, cum quicquid ipsius interest, vel ob pecuniam fœnori non elocatam, vel sub usuris mutuo acceptam, actione pro socio vel communi divid. quarum utraque bonæ fidei est, consequi possit: ridiculum autem est *in l.39.h.t.* eiusmodi fingere casum, quo socius nec pecuniam habeat, nec mutuo accipere possit: Et hæc tamen Ant. Fab. commenta à Tr. ab elegantia commendantur: cæterum jam ante diximus, in dubio, si forte socio alias plene consultum esse non possit, cautionem admittendam esse: quoniam non semper ita commode paries communis refici potest, ut nullum periculum sit metuendum.

Illud addo.] Ait Tr. huic interdicto affine esse remedium hodie usitatum, mandata scilicet de non offendendo. Sed 1. an interdictum hic aliquod sit valde dubito, cuius nulla prorsus mentio in edicto prætoris, quod proponitur *in l.7.in pr.h.t.* Deinde affinitas illa valde levis & exigua est, & nulla aut levissima similitudo,

do, offensionis, quam ædes minantur ædibus, & eius quam minatur persona personæ.

THESIS VI.

LIT. A.

Contumaciæ hæc pœna est, ut mittatur petitor ex primo decreto in possessionem ædium ruinosarum, quo decreto non possessionem, sed tantum custodiam tribui constat, ut iuxta decretum prætoris tædio tandem affectus caveat dominus, qui adeo interim possessione non cogitur decedere *l. si finita* 15. §. *si quis*. 20. *h. t.* Neque quævis contumacia graviori pœna coerceri debuit à prætore, & primo decreto hoc tantum intendit, ut cautionem à domino extorqueret. Porro ratio Tr. quod non temere quis privandus sit possessione sua, in hoc laborat, quod cum primum decretum à Tr. hactenus opponatur decreto secundo, per hoc non tantum possessione, sed omni jure suo, qui non cavet, privatur, ut mox dicemus.

Alia vero causa est.] Aliam esse causam ait *l.* 5. §. 1. *ut legat. nomine caveatur.* Nimirum cum legatarii simpliciter sibi caveri petunt, herede tergiversante in possessionem universorum bonorum mittuntur, & possessionem non consequuntur: sed ubi legatarius vel fideicommissarius instituta actione rem singularem sibi relictam petat, eaque ipsi adiudicata sit, si appellet heres, de indemnitate cavere tenetur, quod si non faciat, in actorem caventem possessio trãsfertur, nõ ex edicto hoc de mittendo in possessionem, ut male hic disputetur de secundo decreto, an eo opus sit necne, quod facit Tr. sed ex edicto ordinario perpetuo, argum. *l. un. C. uti possidetis.* juxta quod scriptum est à *Paulo* 1. *sent.* 11. §. 1. ubi id notat Cuiac. quod non satis percepisse videtur *Menoch. remed.* 3. *retinend possess. n.* 204. & magis errasse cit. ibid. qui de primo & secundo decreto disputant.

Quid si in executione.] Quærit Tr. an qui in executione sententiæ missus est ex primo decreto, possideat nec ne. Equidem si in ipsam rem quam petiit & quæ ipsi per sententiam adiudicata fuit, quis mittatur, vix dubitari potest, quin possessor efficiatur. Sed & sentẽtia regulariter per deputatos à magistratu executioni

mandari solet. Quod si vero magistratus ex officio victorem vel in universitatem bonorum ut proponitur in *l. 3. C. qui potiores in pign.* aut in res aliquas non adiudicatas mittat, locus est quæstioni Treutl. an ita missus possideat nec ne: quod post Menoch. *remed. 3. retin. num. 226.* & *Negusant.* ex quibus hanc opinionem communem esse apparet, negat Tr. hic, sed possidere eum affirmant *Bart. in l. à divo. 15. §. si super rebus. (alias si rerum) d. re iudic. Castrens. ibid. & in l. 2. num. 2. C. ubi in rem actio. Zas. in l. cum unus 12. d. bon. author. iudic. possid. n. 9.* ubi hoc tanquam certum & liquidum proponit. Et utraque sententia non levia nec contemnenda rationum momenta habere videtur, & pro Treutl. vel præcipue facit, quod ubi locus est primo & secundo decreto, non videtur posse fieri possessor, qui missus est ex primo, quod secundum ordinariam suam naturam, non possessionem, sed custodiam, rei servandæ causa detentionem tribuit *l. 1. & t. t. Quib. ex caus. in poss. eat.* quomodo in nostris terminis qui sententiam obtinuit, rei servandæ causa mittitur, (& proinde non possidet) *l. 2. & 3. C. qui potiores in pignorib.* neque adeo hic victor, cui ex sententia contra condemnatum actio judicati quæsita est, plus iuris ex missione hac consequi videtur, quam quilibet alius creditor, qui impetravit primum decretum. Conetur fortassis quis hic respondere, non esse hic revera primum decretum, sed quasi ex autoritate sententiæ in vim executionis rem apprehendi: & quod postea res distrahi permittitur, fieri ex ordinaria pignoris natura: velut & pignus conventionale autoritate publica distrahi solet *l. 2. C. d. iur. dom. impetr.* sed replicabo, quod omnino ius vendendi & distrahendi acceptum sit referendum secundo decreto, ubi nimirum datur decretum primum, ut in hoc casu, quo missio in res comdemnati, rei & iudicati servandi causa facta, iuxta *d. l. 2. & 3. C. qui pot.* prorsus ipsam executionem proxime & immediate concernere non potest. Videtur etiam pro Treutl. facere, quod, ut probatum supra disput. 1. th. 4. pignus hoc est prætorium, ex cuius causa non transfertur possessio: quamvis hic responderi facile possit, quod pignus prætorium in genere accipiatur & in specie, quod non ex causa iudicati, sed contumaciæ contra latitantem debitorem constituitur. Sed ex adverso, quod

quod hoc casu possessio transeat, multa obiiciuntur: & primo adducit Bart. *l.* 5. §. 1. *ut in poss. leg.* ubi apparet transferri possessionem. 2. hoc argumento utitur Bart. quo probare conatur non esse hoc pignus prætorium, quo custodia tantum & detentio continetur: quod ubi missus in possessionem habet prærogativam ex tempore, non possit esse pignus prætorium: hic autem est talis prærogativa *l.* 10. *qui potior. in pigno. l.* 2. *C. eod.* Ratio connexi est, quia qui per missionem ex primo decreto pignus prætorium obtinent, non sibi tantum, sed aliis quoque creditoribus possidere intelliguntur *l. cum unus* 12. *d. bon. auth. iudicis l.* 5. §. 2. *ut in possessionem legator.* & proinde pignus hoc quod ex causa iudicati capitur non isti prætorio pignori in specie dicto comparandum erit, sed conventionali, quod à creditore possideri verius est, ut ostendemus infra 21. disp. 3. hac ratione Bart. utitur, quod ex hac causa non in omnia bona sed in res singulas victor mitti soleat *l.* 15. §. *si rerum de re iudic. l.* 10. *qui potior in pignor. l.* 2. *C. eod.* 4. adducit Castrens. *l. properandum* 13. *C. de iudic.* §. *sin autem reus*, ubi dicitur, si actor ex causa judicati in possessionem missus sit, non audiri amplius reum postea comparentem. 5. ita colligi possit, quod cum in primo decreto, per quod prætorium pignus constituitur nulla prorsus sit executio & hic solus spectetur finis, ut tædio affectus debitor se sistat & defendat, non immerito etiam missionis illius, quæ fit ex causa iudicati pinguior & plenior esse debeat effectus. Sed poterit fortassis his obiectionibus ita occurri. Et ad *l.* 5. §. 1. *ut in possessionem legatorum.* paulo ante responsum est, quod ibi de re ipsa petita adiudicata tractetur. Ad 2. respondeo esse fallaciam à dicto secundum quid ad dictum simpliciter: quoniam non si in qualitate una convenit hoc pignus cum conventionali protinus in aliis etiam conveniet: vel quod etiam in prætorio pignore in specie dicto prælatio sit quoad eos qui ex alio titulo veniunt: velut legatarii missi in possessionem præferentur iis, qui ex obligationibus cum vivente contractis mitti petunt *arg. d. l.* 5. §. 2. *ut in poss. leg.* adeoque si ponas plures simul iudicio expertos sententiam simul obtinuisse, missionem executionis gratia ab uno impetratam etiam cæteris prodesse defendā, non etiam iis qui ex alia causa veniunt, quoniā specialis

cialis titulus est missionis ex causa judicati, cum etiam in aliis partibus iuris, ubi cætera paria sunt, ille potior habeatur qui prius ad sententiam pervenit, in quam rem *add.not.inf.disp.24.th.3.lit.G.* In argumento tertio nulla est consequentia, & ratio diversitatis, cur hic in res singulares missio fieri soleat, hæc non obscura dari potest, quoniam post sententiam, certo constat quantum debeatur: quod constare non potest ubi debitor copiam sui in iudicio non facit. Sed & ex hac quoq; causa arbitrio prætoris in universa bona immissionem decerni posse ostenditur *ex l.3.C.qui potior.* ex quo ipso non leve argumentum sumitur, q; possessio non transeat: quoniam & absurdum sit vniuersorum bonorum aliquem ita effici verum possessorem, neq; sufficiens differentię ratio apparet, propter quam ex una eademq; causa in possessionem missus, propter hoc saltem quod vel in universitatem vel in res singulas missus est, possidere & non possidere dicendus sit: cum præsertim *in l.2.C.qui potiores in pignore* ex hac causa iudicati servandi gratia in rem singularem victor missus proponatur: nisi sub hoc modo & adiectione, ut res statim distrahatur, in victorem res translata proponatur: quo casu eum possessorem effici fortassis non absurde defendatur. Ad quartum respondeo, textum *in l.13.§.3.C.de iudic.* nihil huc pertinere quoniam ibi non simplex ille possessor efficitur, sed illa ipsa res petita & controversa, in ipsum perpetuo jure transfertur, ita ut reus prorsus excludatur nec causam retractare possit, quod ex primo decreto contingere non potest: ideoque abutitur ibi Justin. phrasi hac, *mitti in possessionem.* Deniq; ad 5. facilis responsio est, quod etiam hæc missio fiat rei & judicati servandi gratia, adeoq; executionem nondum concernat. *c.2.&3.C.Qu.pot.in pign.*

LIT. D.

Quod si adhuc non veniat.] Ita loquitur Tr. quasi necessum sit debitorem abesse, cum tamen etiam præsens esse possit, ut apparet *ex l.15.§.20.de damn.infect.* nisi Tr. fortasse intelligit, venire in iudicium & ad prætorem.

Intra quod tempus.] Bartoli hæc sententia est *in l. si finita 15.§. Iulianus 16.h.t.n.39.* tempus esse arbitrarium, quam etiam communem esse apparet ex citato *Menoch.cent.1.casu 6.fac.l.7.in pr.h.t.* ibi, *cum*

cum iusta causa erit: idq; maxime in causa damni infecti, ubi maius versatur præjudicium, obtinebit: in ceteris, cum de vendendis bonis, in quæ ex primo decreto creditores missi fuerunt, quæritur, probabilis videri potest illa à Menochio relata opinio, ut expectetur biennium, *arg. l. 2. C. de iur. dom. imp.* quod enim ibi de conventionali pignore est constitutum, non omnino inepte ad prętorium transferri posse videtur: de quo pluribus *inf. disputat. 24. thes. 3. liter. C.*

Lit. C.

Quo actor possidere iubetur.] Quæritur, an missus ex secundo decreto dominus fiat: ubi ante omnia inter causam mittendi distinguendum est. Etenim si ponas creditores ex primo decreto in universitatem bonorum missos esse, secundo decreto, quod ius distrahendi tribuit, dominium transferri non potest, de quo pluribus agetur, *in f. disp. 24.* & eo tamen casu non proprie ex secundo decreto creditores mitti dicuntur. Alia ratio est missionis ex causa damni infecti in ædes ruinosas, ad quem casum pertinere non possunt, quæ tractantur ab iis quos Tr. pro diss. citat, qui, ut ipse ait, multis casibus ex secundo decreto dominium transire putant, de quo *d. disp. 24.* Ergo de effectu missionis ex secundo decreto ex causa damni infecti videamus: & ita hac de re ait Tr. actorem causa cognita possidere juberi: id autem non ita intelligendum esse, quod prætor missum in possessionem ex secundo decreto dominum fecerit, quod nequit, sed quod expulso vicino fecerit possessorem, & per hoc tribuerit conditionem usucapiendi. Ubi 1. rectius simpliciter dixisset ad suam sententiam, *hoc intelligendum, &c.* quia ex eo quod in th. dixerat, eum possidere juberi, inde ad dominium inferri non posse satis apparere videbatur. Quod secundo ait, *expulso vicino*, inde tanto magis apparet, hæc ad missionem ex causa damni infecti pertinere: quia alias creditores etiam non vicinos mitti constat. Ideo autem ait, *expulso vicino*: quia post primum decretum adhuc simul in possessione dominus manere potest *l. si finita 15. §. si quis 20. h. t.* qui post secundum decretum cogitur decedere. 3. ait, per hoc quod possessor efficitur, tribui conditionem usucapiendi. Hoc fortasse non satis bene: quia sola possessio ad hoc non sufficit, sed causam præcedere ex qua transferatur habi-

lem oportet, quæ hic sc. est, autoritas prætoris, & secundum decretum, quod titulum præbet quomodo in iudiciis divisoriis sententia titulum & causam possidendi præstat §. *ultim. Instit de offic. iud.* de quo in f. *disput.* 23. *th. pen. sub fin.* Et hinc contra Treutler. non absurde quis concludat, ex secundo decreto missum dominum effici, si prior possessor qui non cavit dominus fuerit. Etenim ita jure ordinario comparatum est, ut ubicunque possessio cum causa & bona fide parit ius usucapiendi, ubi res fuit aliena, ibi possessio ita qualificata operetur dominium, ubi res propria fuit autoris, in cuius locum alter successit, ut probatur ex §. *item nobis* 3. *in f. & §. ex his* 5. *in f. Instit. per quas pers. nob. adq.* & ita argumentatur Jason *in l. ex hoc iure* 5. *de iust. & iur. col.* 6. Siquidem de usucapione contra ipsum expulsum, qui omne ius suum omittit, frustra disputatur. Et ita sane ego statuendum existimo, quod missus hic ex secundo decreto dominus efficiatur, sed prætorius tantum (quia etiam causa possessionis & translationis est ex jure prætorio) quem appellare liceat bonitarium ex ratione iuris antiqui: idq; ad exemplum bonorum possessoris qui hæres cum nõ sit ex ratione juris civilis, effectu tamen heres est, & rerum omnium à defuncto relictarum dominus bonitarius, ut tractatum *supra de bonor. possess. disp.* 15. *th.* 1. ut proinde non obstet quod *in pr. Inst. de bon. possess.* prætor dominum & heredem facere posse negatur: quoniam facere non potest dominum quiritarium & directum, qui fere tantum ex causis l. 12. tabb. probatis efficitur: cui rei argumento est, quod ex causa fidei commissorum licet ab Impp. receptorum, dominium civile non transibat, *l.* 3. *in f. si ususfruct. pet.* cum qua non nisi per distinctionem dominii componi videtur posse *l. Herennius.* 42. *de usur.* ubi fideicommissario dominium acquiri dicitur. Neque porro obstat quod *in l.* 7. *in princ. h. tit.* & alibi ex secundo decreto dicitur iuberi possidere: quoniam possessio ibi potius iuris quam facti est: & probabile mihi fit, sicut prætor cum heredem facere non posset, quem effectu heredem fecerat, appellavit possessorem: ita & hic cum dominum facere non posset, quem effectu dominum fecerat, possessorem appellasse. Et pro hac sententia, quod missus ex secundo decreto dominus fiat, facit 1. ratio, quod prætor prorsus omne ius prioris possessoris ex secundo decreto in eum transfert. 2. textus generalis *in*

l. 1.

l.1.de bonor. possess. ex qua probatur quod prætor dominum facere possit. 3. textus specialis *in l. si finita 15. §. Iulianus 16. hoc titul.* ubi ex secundo decreto dicitur constitui dominus, quem adeo textum male pro se Treutl. inducit, quoniam ostenditur ibi duplex esse dominium, & prætorio ex missione hac quæsito, per usucapionem adiici dominium civile quiritarium: quæ etiam sententia est cit. à Treut. *l. 44. §. 1. h. t.* sicut & aliis casibus dominio bonitario, per simplicem traditionem sine nexu quæsito, iuxta tradita ab *Vlpian. tit. 2. de libert. §. qui tantum 11.* civile dominium accedere potest. Possit & fortassis non absurde *dict. l. 15. §. 16.* ad eum casum restringi, quo ædes alienæ ab eo qui non cavit bona fide possessæ fuerunt: cum & ibi ius quod secundum decretum tribuit, opponatur juri, quod acquiritur ex decreto primo, & non incommode intelligatur missio ex secundo decreto comparari aliis titulis, ex quibus aut dominium, aut si res aliena sit, ius usucapiendi transfertur: & illis verbis, *antequam à pratore dominus constituatur,* respexisse dicam JCtum ad ius & effectum, qui regulariter sequitur ex hac missione, licet ex accidenti, ubi res aliena est, contingat, ut in possessionem missus, non nisi usucapiendi ius consequatur. 4. facit ibidem textus specialis *in d. l. 15. §. posteaquam 33. h. tit.* ubi ex secundo decreto missus domini iure possidere dicitur. 5. textus in ead. *l. 15. §. si ante 17. h. titul.* ubi duo in possessionem missi æqualiter domini fieri dicuntur, cum jussi fuerint possidere: adeoque non demum per usucapionem: & mox eod. §. per hanc possessionem dominus constitui dicitur. 6. Qui rei vindicationem habet, dominus est: at qui jussus possidere habet rei vindicationem *l. communi. 7. §. plane 9. commun. divid.* ex quo videri possit hunc pro domino ex jure gent. habendum esse argum. *l. in rem. 23. in prin. de rei vindic.* 7. Textus est *in l. 1. in princ. de fundo dotali*, ubi vicinus ex causa damni infecti possidere jussus, dominus effici traditur. Denique facit quod *in l. 2. in f. si ex noxali caus. agat.* servus qui non defenditur: autore prætoris ductus, in bonis ducentis esse dicitur: ex quo loco etiam Accurs. colligit ex secundo decreto dominium transferri. Hinc recte illi sentire credendi sunt qui simpliciter dominium transire affirmant, quippe sublata hodie veteri dominii distinctione. *l. un. C. de nud. iur. Quir. toll.*

Illud verius puto.] Verius esse ait, secundum decretum tam in actione reali quam personali requiri, nec lapsu temporis in reali effici verum possessorem. Ad quod explicandum, intelligendum est, quodnam hic sit primum decretum: quod scilicet discendum videtur *ex l. 2. in f. C. ubi in rem actio l. si quis emtionis.* 8. §. *sed etsi. pen. C. de praescript.* 30. *annor. cap. quoniam frequenter.* §. *in aliis ut lite non contestata c. 1. & 2. de eo qui in possess. mittit.* ubi traditur, si aliquo petente rem tanquam suam, possessor citatus non compareat, in possessionem eius rei mitti petitorem. Quaeritur ergo 1. an haec missio tribuat possessionem, an sicut alias ex primo decreto, nudam custodiam & detentionem. 2. si non fiat possessor an per lapsum anni intra quem prior possessor non comparet, possessor efficiatur, an ad hoc novo opus sit decreto: quae controversia nascitur ex *d. l.* 8. §. 3. *C. de praescript.* 30. *annor.* ex qua possessor prior intra annum se sistens, praestita cautione auditur, in quo textu & traditiones Dd. & pontificum responsa fundantur. Has autem duas quaestiones male confundere videtur Tr. si quidem potest quis ex primo decreto possessor effici, ut ad ius plenius consequendum & instar dominii, secundo decreto opus sit: nam & Bart. prodiss. allegatus *in l.* 15. §. *Iulianus* 16. *h. t.* qui in actione reali ex primo decreto possessorem fieri affirmat, quod & tradit cum *gl. in l.* 3. §. *ult. de acquir. poss.* nihilominus *in d.* §. 16. *n.* 43. etiam in actione reali decretum secundum admittit. Sed & qui possessor effectus non est ex primo decreto, potest autoritate legis per lapsum certi temporis effici verus possessor: idque ex ipso à Tr. cit. *Menoch. remed.* 3. *retin. poss. nu.* 208. apparet, qui ex primo decreto possessorem fieri negat, lapsu tamen temporis fieri affirmat. Sed de utraq; quaestione distinctius agamus: & quod ad primam attinet, eum in quem propter absentiam & contumaciam possessoris res transfertur possessorem effici, probari videtur *ex l.* 13. §. *si autem reus C. de iudic.* Sed nimirum, ut paulo ante dictum, & observatum etiam à *Salicet. in l. 2. C. ubi in rem action.* 12. agitur ibi de translatione rei post sententiã definitivam, excluso ab omni jure priori possessore, *d.* §. 3. ut hic longe plus quam simplex possessio transferatur. Deinde adduci solet *l. a quo* 45. *h. t.* male à Menoch. de secundo decreto accepta: pertinet autem ille locus ad ius ordinarium, & sicut non cavente reo in vindicatione speciali, ab ipso possessio in petitorem cautentẽ transfereba-

An ex primo decreto fiat quis possessor.

ferebatur, ut paulo superius notatum est: ita ubi quæritur de vindicatione servitutis, contra quam ædificatum esse dicitur, reo cavente ædificium, quod quasi possessionem libertatis tribuit, in suo statu manet, cæteroquin destruendum erit. Sed perspicue hanc sententiam, quod possessor efficiatur in quem res translata est, confirmat *l. consentaneum. 8. C. quomodo & quando judex*, secundum quam possessio bonorum ita transfertur, ut adversarius petitor efficiatur: (licet Salic. & alii ibid. illum locum ad casum litis contestatæ restringat, de quo v. in *f. disp. 24. th. 1. lit. A. & th. 2. lit.* E.) itemq; textus *in l. 2. C. ubi in rem actio in f.* ubi actor in possessionem mittitur, reservata allegatione absenti de principali quæstione: ea videlicet, quæ in judicum ab actore deducta fuerat, vindicatione rei, *ut in pr. d. l.* 2. dicitur, & ita judicio petitorio, quomodo & ille locus communiter à Dd. accipitur. Et est sane hic specialis ratio vindicationis, qua quis rem suam esse intendit, ut eius merito conditio melior esse debeat, quam alterius qui propter simplicem & puram contumaciam, cum nullum ius in re haberet, velut ex causa damni infecti missus fuit: ubi & alia occurrit differentia, quod petitor qui rem suam esse intendit, non recte desiderare videatur ut ex secundo decreto dominus constituatur: quod & post gl. notat Salicet. *in d. l. 2. n. 2.* prorsus enim arbitrarium est quod Bart. tradit secundum decretum interponi, ut etiam à iure instituendi petitorium prior possessor excludatur. Sed huic assertioni, quod verus efficiatur possessor, omnino repugnat quod Iustin. constituit *in d. l. si quis § pen. C. de præscript. 30. annor.* quod possessor prior intra annum se offerens & cautionem præstans suscipiendæ litis, eandem rem recipiat, si ea tantum occasione in petitorem translata sit, quod ipse prior possessor ad litem vocatus non respondisset. Equidem dici possit exinde non effici quod in petitorem translata non fuerit possessio, quia revocabiliter etiam transferri potest: sed hoc modo non tollitur pugna textuum in eo consistens, quod iuxta *d. l. 2. C. ubi in rem actio. & l. 8. C. quomodo & quando jud.* ita possessio transfertur, ut priori possessori tantum reservetur petitorium, & hic actoris partes & onus probandi suscipere teneatur: sed in specie *d. l. 8. § pen. C. de præscript. 30. annor.* ipsam possessionē & in priorem statum restitui priorem possessorem, ut tanquam reus commodo possessionis fruatur, perspicue apparet, tum quod re-

versus cautionem præstare tenetur, qua aliàs opus non esset, tum quod præstat cautionem suscipiendæ litis, quam scilicet antea per absentiam defugerat, tum quod dicitur recipere rem, tum deniq; quod huic iuri recipiendi præfigitur annus, quo temporis spatio à petitorio & vindicatione rei ipsum excludi fuerit perabsurdum. Ad hæc componenda Dd. teste *Menoch. de remed. 3. retinendæ num. 217. & 218. Salicet. in d. l. 2. C. ubi in rem actio. num. 11. & in dict. l. 8. §. 3. Cod. de præscript. 30. annor. & in d. l. 8. Cod. quom. & quand. iud.* & ibid. alii distinguunt, an missio facta fuerit sine causæ cognitione super principali, an præcedente aliqua causæ cognitione & forma iudicij lite contestata velut *in d. l. 8. C. quomodo & quando iudex, & in d. l. 2. C. ubi in rem actio*: quamvis mihi ista non satis sufficiant: quoniam *in d. l. 8. §. 3. C. de præscrip. 30. annor.* sententiæ quoq; mentio fit, *& in l. 8. C. quomodo & quand. iud.* possessio transferri dicitur, aut cogendum alterum ut se repræsentet: *& in d. l. 2. C. ubi in rem actio*, ad eum effectum lis pro cōtestata saltem habetur, ut possessio & usucapio alterius interrumpatur. Verum utcunque hæc se habeant, ita *in d. l. 8 §. 3.* constituit Iust. & ita hoc acceperunt interpretes, ut ex edicto prætoris secundum decretum huc quoque traherent, & propter contumaciam absentis missum, non possidere, sed tantū custodiæ causa incumbere rei crederent: quam sententiam communem teste Menoch. sæpe cit. loc. cōfirmarunt pontifices responsis suis, velut *in cap. ult. §. in aliis ut lite non contestata.* ubi in reali actor dicitur mittendus in possessionem, ut reus tædio affectus veniat responsurus: *& in cap. 1. de eo qui mitti. in possess.* ibi, *causa rei servandæ tantū in possessionem inducti*: & in *cap. 2. eod.* ibi, *rei servandæ causa in possessionem rei petitæ miserunt*: quibus tantum abest ut obstet *c. pastoralis 11. § præterea de offic. iudic. ordin.* ut vel maxime hanc sententiam confirmet: quoniam ibi rei servandæ causa in possessionem introductus proponitur, isque post annum demum verus possessor effici dicitur. Et hæc de priori quæstione.

Altera est, an post lapsum anni sine novo decreto missus fiat possessor. Plane ex ratione iuris civilis, utcunque intra annum reverso restituatur possessio *l. 8. §. 3. C. de præscript. 30. annor.* petitorē tamen effectum fuisse possessorem recte defenditur: ut proinde secundo decreto nihil opus esse videatur post lapsum anni: cum præsertim lapsus ille temporis non plane excludat anteriorem

riorem possessorem, sed tantum onus probandi in petitorio ipsi imponat, cum etiam secundo decreto nullus sit præfixus certus terminus, ut ipse lit. B. tradit Treutler. neque aliud Justin. *ind. l. 8.* constituerit, quam ut reverso intra annum restituatur possessio, adeoque non reverso maneat penes possessorem. Et hanc sententiam, quod novo decreto opus non sit, contra Treutl. verissimam esse non dubito, quam etiam male à Treutler. citatus Menoch. tuetur: *& Specul. part. 2. de secund. decreto rubr. in quib. caus. interpr. secund. decret. num.* 20. nisi, ut ibid. addit, ad majorem cautelam: & utcunque ante annum verum possessorem non esse statuamus, non tamen propterea novo decreto necessario opus erit, quoniam autoritate iuris possessio confirmatur. Animadverto autem, ita hic occurri posse: quod vbi ita transfertur possessio, & eo modo, quo iuxta edictum prætoris ex primo decreto, ibi etiam locus erit decreto secundo: atqui hic ita fit missio in possessionem, ut probatur ex textibus iuris Can. paulo ante citatis, quib. dicitur missio fieri rei servandæ causa, quæ qualitas est decreti primi ex edicto prætoris. Respondeo hoc quidem ita obtinere ex ratione iuris Can. & ex opinionibus Dd. (quod videlicet in realib. ex primo decreto non fiat possessor, de quo tamen *v. inf. disp.* 24. *th.* 2. *lit. E.*) sed non ex iure civili, quo omnino verius existimo etiam in specie *l. 8. §. penult. Cod. de præscript.* 30. *annor.* possessionem translatam fuisse, quoniam solus lapsus temporis non videtur detentionem nudam transformare posse in veram possessionem: & sic itaque ius est, ut possessio maneat penes petitorem in quem propter contumaciam absentis translata fuit, quæ tamen absenti intra annum reverso præstita saltem cautione restituatur, postea autem reverso non restituatur, nisi iudicio petitorio sese dominum esse probaverit. Deinde respondeo per inficiationem consequentiæ in maiori, propterea quod in ipsam rem petitam, & quam quis suam intendit missio facta est: & secundum decretum ex edicto prætoris interponitur, vel ut res vendatur & ex pretio creditoribus satisfiat, vel ut plenissimum ius & dominium prætorium transferatur, quorum neutrum locum hic sibi vindicare potest, siquidem hoc solum hic agitur, ut propter absentis contumaciam ex petitore alter possessor efficiatur. Et hæc opinio, quod post annum novo decreto opus

to opus non sit, ex iure Can. non obscure probatur, *d. cap. 11. de offic. iud. ordinar.* ibi, *ne alius post annum verus efficiatur possessor: cap. ult. §. in aliis, ut lite non contestata* ibi, *post annum verus constituetur possessor: & cap. 1. de eo qui mittitur in possessionem.* ubi pontifex constituit, ut quia intra annum cautio præstita non est, alter possessionem absque contradictione habeat: neque enim ibi decretum speciale, quo possessorem eum declaraverit pontifex, intelligi potest: *& cap. 2. eod. tit. in f.* ubi negatur obstare lapsus anni, quia non steterat per alterum, quominus intra annum cautio præstita fuisset, & ita recepta possessio.

THESIS VII.

LIT. A.

Similis superiori.] Hæc similitudo notatur etiam à Duar. *hic cap. 1.* & exinde probatur, quod juxta *l. 14. §. 2. de aqua pluv. arc.* pertinet ad damnum futurum, eoq; nomine *d. §. 2.* nominatim cum damno infecto confertur, & additur *in §. seq.* quod ob opus factũ & ex eo damnum datum, agendum sit ex interdicto quod vi aut clam, in quo hæc actio novi operis nuntiationi affinis est: ut proinde non intelligam, quid sibi velit *Duar. c. 2. in f.* hic, ubi ait tantum dari hanc actionem propter damnum iam factum vel datum: quoniã utique hæc actio datur ad opus demoliendum & rem in pristinum statum restituendam, ne aqua pluvia noceat, adeoque ut damnum avertatur: sicut alia non absimilis ex L. 12. tabb. actio est, ut nomine damni, quod metuitur, caveatur *l. 5. ne quid in loc. publ.* quamvis aliud sit damnum datum & opus factum: & hoc quidem verum: quod etiam nomine damni dati hæc actio competat, sed non tantum. In eo autem non recte se habet comparatio Tr. quod & hanc & superiorem appellat actionem, quoniam ex causa damni infecti de quo in præcedentibus actum est, principaliter actio non datur, sed officii nobilis imploratio.

LIT. B.

Ex interdicto.] Equidem etiam Wesembec. *in parat. in pr.* hic hanc actionem prætoriam appellat, quem videri potest sequutus Tr. dum hanc actionem in factum ex interdicto esse ait. Verum

sub

ſub toto hoc tit. nuſquam aut edicti aut interdicti, ſed tantum actionis mentio: & rectius videtur ſentire *Duar. hic c.1.* ubi ait hanc actionem antiquiſſimam eſſe ex l.12.tabb. arg. *l. Labeo 21. in pr. de ſtatu liberis*, ubi hæc referuntur verba l.12.tabb. *ſi aqua pluvia nocet*: ex quibus hanc 12.tabb. *L. Hottom. d. ll. 12. tabb. Marcil. in collect. l. 12. tabb.* & noviſſime *Iacob. Gothofred. in fragment. ſub tab.* 8. conſtruxerunt: ſi cui aqua pluvia ex vicini agro noceret, eam per arbitrum arcere ius eſſet: el ſi aqua pluvia manu nocet, arbiter coerceto: vel, ſi aqua pluvia manu nocet, prætor arcendæ aquæ arbitros addicito. Quæ duplex ſcilicet ſuppletio, prior de manu, eſt *ex l.1. §.1. & §. iidem 10. l. 14. §. 1. de aqua pluv. arc.* quoniam facto hominis nocere aquam oportet, cæteroquin ſi natu a vel vitio loci, ceſſat hæc actio: poſterior de arbitris, ſed & ſimul prior, eſt à Cic. in top. genus eſt, inquit, aqua pluvia nocens, eius generis formæ, loci vitio & manu nocens, quarũ altera jubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur: & hinc paſſim ſub hoc tit. præſertim *in l. vicinus 24.* arbitri mentio fit. Et leve eſt argumentum Weſembec. quod in tit. præcedentib. de remediis prætoriis tractatur: quoniam ſimilitudo & affinitas eſt ratione obiecti, non cauſæ efficientis. Lib. B.

Domino prædii.] Hinc, quod domino prædii hæc actio datur, infert in exegeſi Treut. itaque & uſufructuarius utiliter hac actione experietur. Quæ perſpicue vitioſa illatio eſt, quod fructuarius utique dominus prædii non eſt, & alias hoc modo fructuario vindicationem ſervitutum, novi operis nuntiationem & ipſam rei vindicationem quis cõceſſerit: maxime cum *in l.3. §. ult. h.t.* diſerte fructuario hæc actio negetur, quoniam ille ſi per opus iuri ipſius utendi fruendi noceatur, uſumfructum vindicare debet *l. 22. in pr. verſ. quod ſi h. t.* ſicut impeditus in iure utendi ſervitute uſumfructũ vindicat *l.1. ſi uſusfr. petat. l. 2. de novi oper. nunt.* Et tamen in ead. *l.22. h. t.* per correctionem quandam utilis actio fructuario conceditur, qua de cauſa Accurſ. *d. l. 3. §. ult.* reſtringit ad actionem directam, quod poſt Duar. ſequitur Treut. hic quamvis correctionem illam à Tribon. adiectam non abſurde quis ſuſpicari poſſit. Dal. Dno.

Eſt actio perſonalis in rem ſcripta.] Hoc poſt Dd. etiam Weſemb. in parat. hic notat: & videtur hæc actio origine ex delicto eſſe, veluti actio *quod met. cauſ.* ſed quia opus deſtruendum aut emendandum petitur, neceſſe eſt ut perſequatur poſſeſſorem: non

ſecus ac noxalis actio, quæ aut æſtimationem aut noxæ deditionem perſequitur, omnem eum, ad quem ſervus pervenit, comitatur, qua in re neſcio quid argutetur *Duar. hic c. 1. inf.*

LIT. C.D.&E.

Datur hæc actio, ait Tr. adverſus dominum loci, in hoc ut opus reſtituat, hoc eſt, ut in exegeſi ſubiicit, tollat, ſuis impenſis, ſi opus fecit, impenſis autem actoris, ſi ſine ipſius culpa alius facit. Ubi non recte videtur propoſuiſſe ſententiam *l. 11. §. 2. h. t.* quia poſteriori caſu, non neceſſum eſt, ut dominus opus tollat, ſed ſaltem ut patientiam præſtet, & ab actore opus deſtrui patiatur. Illud quoq; ambiguum eſt præſtari etiam damnum quod poſt litem conteſtatam factum eſt: hoc enim verum, ſi ex opere ante facto damnũ accidit, ſiquidem JCtus *in l. 14. §. 2. h. t.* nomine damni, quod poſt litem conteſtatam accidit novo judicio agendum eſſe docet: quoniam quoad iſtud ceſſat officium judicis *arg. l. non poteſt 23. de iudic.*

Quid ſi patiente.] Siquis vicino patiente opus fecerit, huic actioni locum non eſſe docet JCtus *in l. 9. h. t.* ubi tamen Accurſ. notat non poſſe quidem agi ut opus deſtruatur, ſed poſſe tamen propter damnum datum, *arg. l. Sabinus 28. comm. divid.* ubi diſtinguitur, an paſſus quis ſit aliquid fieri cum poſſet prohibere, an etiam facienti conſenſerit, & hoc demum caſu nec pro damno dato poſſe eſſe actionem: quæ ſententia probabilis videtur, quod vicinus forte exiſtimaverit, opus ſine damno ipſius ſtare poſſe: *& l. 20. h. t.* quæ patientiã de qua *in l. 19.* agitur, pro voluntate habet, non incommode de tacita voluntate explicatur, plus autem erit tribuendum expreſſæ cum quis vicino opus facere permittit: quamvis hic ſcrupulum moveat, quod actio hæc non propter præteritum, ſed futurum damnum datur: *l. 14. h. t.* & qui vicinum opus facere paſſus eſt, ex interdicto quod vi aut clam experiri non poteſt.

THESIS VIII.

LIT. A.

Datum interdum damnum.] Apparet ita Tr. continuare velle materiam de publicanis cum præcedentibus, ſed meo iudicio parum accurate: quoniam damnum hoc quod datur à publicanis, remotiſſimum eſt ab illo damno quod ex opere facto contingit: & alias ſexcentæ actiones huc referri poſſent.

Pu-

Publicani.] Hi scilicet sunt redemptores vectigalium, vel aliorum etiam reditnũ quos habet respublica, pro quibus certam summam ærario vel fisco solvebant, quam ut cum lucro conficerent, non raro subditos concutere, & multa ab illis præter fas extorquere solebant, ea gratia habiti improbiores. Ab iis aliquot seditiones Romæ excitatas Livius commemorat, & idem lib. 5. dec. 3. in pr. de Pomponio quodam, ante (inquit) publicanus, omnibus malis artibus & Reip. & societatibus infidus. Eorum extorsiones in Asia Luculum repressisse Plutarchus scribit: ex quo in vita Alcibiadis, etiam apud Græcos Athenis non adeo bene eos audiisse colligere licet.

LIT. B.

Contra eos datur interdictum.] Nuspiam interdicti sed edicti mentionem fieri videas, ex quo edicto in publicanos, si quid ipsi vel eorum familia illicite extorsissent, actio pœnalis intra annum in duplum, post annum actio in simplum dabatur, *l.1. in pr. & passim tot. tit. de public.*

Vt quod illicite extorserint.] Hoc quidem contingere potest variis modis, quorum quidam hoc tit. proponuntur, Tr. autẽ exempla duo sive casus duos cuiusmodi illicitæ extorsionis recenset: 1. si publicanus ab emtore & venditore simul vectigal rei venditæ extorserit: quod procul dubio illicitum, si à singulis solidum extorserit: sed Tr. de illo casu loqui videtur, quo à singulis exegit partẽ: quoniam pro ratione subiicit, quod emtor non venditor gabellam solvere teneatur. Quod ex moribus regionum & populorum æstimandum est, siquidem *Villalob. lit. E. num. 3. vers. nota quod si*, citat legem regiam ex qua venditor præstat gabellam, & iure nostro nihil hic definitum videtur, quoniam *l. debet. 27. de ædilit. edict.* hoc tantum docet, si redhibitum sit mancipiũ, & emtor vectigal solverit, quod forte ipsum sequutum est, (atq; adeo ad hoc non tenetur ex necessitate) hoc quoq; ipsum recipere debere. Ex quibus apparet huiusmodi exigendi ratione nõ posse ita graviter peccare publicanũ, ut propterea incidat in pœnã dupli: cum præsertim venditor quod solvit, actione venditi ab emtore cõsequi possit, si ita ius esse ponamus, ut emtor præstare debeat gabellã, ut notatur apud *Villalob. d. lit. E. n. 3. inf.* cæterũ cit. *Soarez. ead. lit. E. n. 145.* hoc saltẽ tradit, ꝙ emtor tanquã possessor solvere cogatur etiam præterita tributa, cum

Venditor solvat gabellam.

quibus non recte confertur gabella, quæ sub ipsum tempus venditionis præstanda venit.

Fiet [illegible] depensis.

Alterum exemplum est apud Tr. si publicanus exigat gabellam ad quantitatem rei, non deductis expensis: veluti, ut est apud Villalob. d. loc. si res venierit centum aureis, & decem datæ fuerint Proxenetæ, non poterit exigi gabella nisi ex aureis nonaginta, quam communem opinionem esse ait *Soarez. lit. G. n.* 8. sed *Bart. in l. sed si. §. quidam de condit. & demonstr.* distinguit in terminis statuti, an dicatur solvenda gabella pro pretio quod venditor accipit, an pro pretio quo res vendita est, an simpliciter pro pretio rei venditæ. Ut proinde cum ius hoc liquidum non sit, nec hic existimaverim incidere publicanum in pœnam dupli, quod nec citati autores volunt: maxime si ponamus sumtus illos in Proxenetam vel alias factos, non necessarios sed arbitrarios esse.

Illud Christi exemplum.] Christus sæpe professus est, nolle se judicem agere in secularibus: cæteroquin res non est dubia, quin magistratus legitimus, pro subsidiis regni, præsertim pro tuitione & securitate viarum publicarum moderatum vectigal omni iure imponere & exigere possit.

Quid si iniustum vectigal.] Ponendum ante omnia est vectigal institutum ab eo, qui eius rei ius habet, & porro distinguendum an iniustitia impositi vectigalis facile à quovis animadverti possit, & procul dubio vera est Treut. sententia: cæteroquin excusari possit justa publicani ignorantia, utpote nudi redemtoris, cui accuratius in principis actiones inquirere fas non est.

LIT. C.

In quo duplo.] Quod actio sit pœnalis mixta & in duplo rei persecutio, expresse traditum est *in l. 5. §. 1. h. t.* ut frustra putare se dicat Treut. Et de eo quoque quod per vim extortum est, ius certum *ex l. 9. §. quod illicite 5. h. t.* quoniam delictum hoc incidit in speciem rapinæ cuius nomine est actio pœnalis quadrupli mixta *in pr. Instit. de vi bonor. rapt.* quod & in istis terminis traditur *in dict. l. 9. §. 5.*

Si servi nomine.] Jus hoc commune est, ut propter delictum servi non ultra noxæ deditionem gravetur dominus § 2. *Inst. de noxal. act.* si videlicet ignorante domino peccatum sit, secus in solidum actio est *l. 2. in pr. & passim de noxal. action.* sicut & tum, si dominus non exhibeat servos *l. 1. §. ult. de publican.*

LIT.

LIT. D.

Hæc actio pœnalis est, ideoque ad instar aliarum eiusdem generis heredibus quidem datur *l.* 13. §. *ult. de public.* sed in heredes non nisi in quantum ad eos pervenit *l.* 4. *in pr. D. eod.*

Concurrit cum aliis.] Ait hanc actionem concurrere cum actione furti L. Aquil. & bon. rapt. Quod cum moderamine accipiendum est, & nimirum hoc edicto vindicatur delictum & proprium sive speciale, & commune. Speciale est, si publicanus plusquam decet, exigat & extorqueat: ubi cum abesse possit & violentia, & absit furtum & damnum quod L. Aquil. vindicatur, non poterit in his terminis verum esse, quod de concursu affirmat Treut. commune autem delictum est si à publicanis aut familia eorum damnum detur violentia aut furtum committatur: quæ ideo communia delicta appello, quod etiam pro his vindicandis datur actio illa specialis ex delicto de publicanis, *l.* 1. *in pr. vers. item si h. t.* quo pertinet quod *in d. l.* 1. §. 2. JCtus ait prætorem è re putasse specialiter super his edictum adversus publicanos proponere, licet alibi quoque de furtis damnis & raptis prospexerit: adeoque demum hoc casu concursus ille locum habet.

Concurrit cum aliis.

Mitior tamen hæc actio.] Apparet nimirum, quod & proponitur *in d. l.* 1. §. 3. *h. t.* in isto concursu mitiorem esse hanc actionem in duplum, actione furti manifesti & vi bon. rapt. quin & actione furti nec manifesti quæ in duplum est mera pœnalis, hæc autem mixta: eaque videri possit sententia Treut. dum ait mitiorem esse hanc actionem actione furti, quod fur si in eum ad pœnam agatur, non absolvatur: quoniam videlicet etiam post actionem pœnalem supersunt rei persequutoriæ, condictio furtiva, vindicatio vel alia ex contractu actio: cæteroquin si fur ante sententiam offerat illud duplum, utique absolvetur, iuxta §. *ultim. Inst. de perpet. & tempor. action.* ubi hoc sensu omnia iudicia absolutoria esse dicuntur: hæc autem actio cum mixta sit, persequutorias consumit. Verum aliud sentire Tr. & defectivam loquutionem esse colligitur ex paulo post cit. *Duar. de publican. c.* 1. quod scilicet publicanus conventus si restituat extortum vel subreptum, (quod secus est in fure) non quidem aliis actionibus concurrentibus, sed hac actione speciali ex edicto prætoris liberetur iuxta *l.* 1. §. *& restituendi* 4. *h. t.*

Mitior hæc actio quam actio furti.

Unde nascitur quæstio subiecta à Tr. an actio ista sit arbitraria, quoniam scilicet oblatione rei evitatur actio & condemnatio: quæ ratio dubitandi confirmatur ex *l. redhibitoria 45. de ædilit. edict.* ubi traditur, quod offerens pretium & accessiones liberetur à condemnatione dupli in actione redhibitoria, quam ipse Treutl. supra *disputat. 2. thes. 2. liter.* D. arbitrariam esse statuit: ut proinde non magni momenti sit ratio, qua sola hic movetur *Duar. cap.* 1. quod nulla hic præcedat specialis iussio de restituendo: quandoquidem ea nec in actione redhibitoria necessaria est: & in universum dubium est, an tale aliquod arbitrium & sententia quædam interloquutoria in actionibus illis quæ arbitrariæ dicuntur, præcedere debeat: & fortassis defendi possit, inde ita actiones denominatas, quod electio quædam & quasi arbitrium solvendi & ita evitandi graviorem condemnationem, reo sit permissa, de quo aliquid actum supra *part. 1. disp. 11. th. 5.*

THESIS IX.

LIT. A.

Æquivocatio Vectigalis.

Explicat hac lit. ambiguitatem verbi *vectigalis*, quod etiam significet pensionem illam quæ ex prædiis locatis & vectigalibus appellatis, reipubl. præstabatur, *tot. tit. si ager vectigalis petatur.* Deinde quod vectigal sit quædam iurisdictio: quæ verba sunt *Schraderi citat. de feud. part.* 10. *sect.* 5. *num.* 176. quomodo fere etiam loquitur *Bald. part. 4. cons. 289. numer.* 2. & idem *in l. si plures. Codic. de condit. insert. num.* 14. ubi tradit quod vectigal & pædagium sit quædam territorio cohærens iurisdictio. Est autem hæc propositio non tantum impropria, significans, vectigal esse quiddam iurisdictionale, sed etiam ut existimo, falsa: quoniam utcunq; jurisdictionem patrimonialem proponas, nihil jus vectigalium cum jure dicendo habet commune, sed magis fundatur in jure regalium & superioritatis, per omne territorium diffusæ, & cujus jure cum universo territorio dominetur, etiam iure eod. ab iis qui per territorium illud transeunt & merces transvehunt, pecuniam aliquam exigere potest: facit quod ipse Tr. lit. C. non nisi supremo principi ius constituendi vectigalia concedit, & extra dubium est, quod concessione castri vel territorii nec vectigal, & multo

minus

minus ius constituendi vectigal contineatur: quoniam concedéti territorium aliquod, manet salvum ius superioritatis, quod per universum imperium diffusum à iurisdictione omnino est distinctum. Quin imo tuitio viarum & cura securitatis publicæ, non primario, sed per consequentiam & accidentaliter ad iurisdictionem pertinet. Et facit huc quod collectæ quarum indicendi ius penes principes etiam est qui recognoscunt superiorem, ad ius regalium & superioritatis referuntur à plerisque doctoribus *in cap. un. quæ sint regalia. Schurff. cons. 59. num. 26. centur. 1. Tiraquell. de iur. primogen. quæst. 69. num. 7. Menoch. cons. 32. nu. 3. Cravett. cons. 195. nu. 1. Modestin. Pistor. lib. 1. cons. 4. num. 1. Wesemb. cons. 27. num. 24. & cons. 45. num. 8. Mynsing. decad. 11. resp. 1. num. 97. Andr. Knich. de terri. iur. c. 3. n. 324. & de privil. Saxon. verbis, ducum Saxoniæ cap. 5. num.* 315. licet alii minus recte ad imperium merum referant *Bald. in l. etiam Cod. de execut. rei iud. num. 21. Fichard lib. 2. cons. 20. nu. 8. & 9.* alii peius ad jurisdictionem patrimonialem *Alber. in l. Imperium. de iurisdict. Frider. Mindan. lib. 2. cap. 45. num. 9. Rosenth. de feud. c. 5, concl. 74. nu. 6. Natta cons. 636. num. 78. Decian. lib. 1. cons. 41. n. 41. & plures cit. à Wesemb. d. cons. 27. nu.* 20. Porro quod subiicit Tr. ius vectigalis absque solo in feudum dari posse, tanto magis confirmat, illud territorio non cohærere.

LIT. B.

Definit hic vectigal esse quod fisco penditur de rebus quæ veneunt. Quę definitio angustior videtur definito, quia imo penditur de omnibus rebus quæ transvehuntur, & ut ipse Tr. ait. lit. pręced. penditur pro mercibus quæ importantur & exportantur. Sed potest ita defendi Tr. primo ut non intelligantur res quæ statim veneunt, sed quæ huius rei gratia vehuntur. 2. ut verbum, venire latius usurpetur, ut etiam permutationem, & alia id genus comprehendat.

Si pluribus rebus emtis.] Quæstionis huius, an omnes res in commissum cadant, si pro quibusdam tantum solutū sit vectigal, distinctio, quam apud Villalob. extare ait Tr. obscura est, dum ait non publicari omnes, si quædam licite extrahi potuerunt. Distinctio alias satis perspicua videtur, an res prorsus fuerint separatæ & distinctæ: Cæteroquin si quis cum una nave plures res veheret, dissimulatis quibusdam pro reliquis tantum solverit vectigal, procul dubio omnes in commissum cadunt.

Item

Item de iure.] Non debetur vectigal de rebus, quæ proprii usus gratia transportantur: quod probatur non tam ex *l. 4. §. 1. de publican.* ubi agitur de iis qui provinciæ præsunt, sed ex *l. universi 5. Cod. de vectigal. l. in lege. 203. de Verb. Sign. juncto cap. quanquam de censib. in 6.* quamvis hoc loquatur tantum de personis Ecclesiasticis, ut proinde *Clar. §. ultim. quæst. 76. num. 2.* non recte ex illo capit. in genere tradere videatur, non solvi vectigal earum rerum quæ ad usum cuiusque proprium pertinent: ubi tamen de consuetudine contraria attestatur, licet illam opinionem fundatam *in d. l. 5. Cod. de vectigal.* simpliciter tanquam communem proponant *Villalob. liter. G. num. 4. & Soarez ead lit. num. 1. Ias. in l. cætera 41. §. sed si quis ad opus, de legat. 1. col. 2.* Notandum autem usum proprium hic stricte accipi & denotare quæ ad victum pertinent *d. l. 203. de V. S.* ubi simul in f. explicatur, qui nam servi usus proprii causa parati dicantur: ut proinde nec hic recte *Clar. de quæst. 76.* immunitatem ex iure ad omnes res cuiq; proprias, nec negotiandi causa transportatas extendit.

LIT. C.

Solus princeps habet.] Scilicet in monarchia, ut excludantur inferiores: cæteroquin quævis respublica non recognoscens superiorem, eod. iure utitur. Apparet autem hic rationem & formam status considerandam esse: & olim quidem Imperator tanquam absolutus dominus solus, & citra eius consensum nullus vectigalia constituere poterat: sed imperium nostrum hodie, temperatum est statu aristocratico, & principes Imperii longe plus hodie iuris, quam olim præsides aut proconsules habent, qui tamen nec ipsi sine consensu Imperatoris & statuum, quin nec ipse Imperator solus pro arbitrio vectigalia nova constituere possunt, qua de re tractant *Capicius decis. 148. num. 1. Schurf. cons. 208. num. 17. centur. 3. Cravett. cons. 814. num. 4. And. Knich de privileg. Saxon. verbis, ducum Saxoniæ cap. 5. num. 60. & 65. Rosenth. de feud. cap. 5. conclus. 3. num. 12. Recess. Ratubon. Anno 76. §.* seind wir. Et tamen principes vectigalia, ut ita dicam, provincialia, & ut appellant, collectas subditis suis indicere & imponere possunt, per tradita à *Rosenth. de feud. c. 5. concl. 74. Schrad. de feud. p. 10. sect. 1. num. 22. & 31. Pruckmann. cons. 27. num. 17. Wesembec. cons. 27. numer. 29. Andr.*

Knich.

*Knich.de territ.iur.c.1.num.*300.*Paurmeist.de jurisdict. lib.2.c.10.nu.*40. & hoc tamen cum consensu & approbatione subditorum & ordinum, de qua re, & quod nec reges quidem jure absoluto collectas & tributa indicere possint. vide *Frider.Mind.lib.2.c.45.nu.4. Dambuder.in prax.crimin.c.99.nu.10.Petr.Heigium part.1.quæst.18.n.6.*ubi plurimos allegat *Warmund.ab Ehrenberg in verisimil.c.7.n.15.Bodin.lib.6.de Repub.c.2.Parlador.lib.1.rer.quotid.c.3.*Rectè autem addit Treut. immemoriali tempore præscribi ius exigendi vectigal, quoniam tantum tempus habet vim constituti *l. hoc iure.§.ductus aqua de aqua quotid.l.vlt.de aqua pluv.arc.ubi hoc notant Dd.Mynsing.decad.11.resp.8.n.13.& decad.13.resp.3.num.*117. Nam ut præscribatur ius vectigal constituendi, admitti non potest: & tamen illo quoque casu ponenda est persona habilis, veluti in nostro imperio princeps vel status: siquidem in Monarchia absoluta hoc locum habiturum existimarim nunquam.

LIT. D.

Res in commissum cadit.] Ad hoc opus esse ait Treutl. sententia declaratoria. Et ita in genere tradit *Fichard. in addit. ad Villalob.* (sed Rol.à Valle malè allegatus est) *num. 96.* ubicunque quis dicitur privari ipso iure, opus esse sententia declaratoria: quod & in causa privationis dominii ex *l. si quis in tantam. C.unde vi.* ibi tradit *Baldus numero* 4. sed ex ratione iuris in ea specie dixerim, recta rei vindicationem alteri competere: sicut & in casu *l. 2. C. de iure emphyt.* in quo iudicio, si quid dubii sit, decidetur: quomodo etiam, si vigore pacti commissorii vel addictionis in diem res ad venditorem revertatur, vindicatio datur *l.4.d L.commiss.* quod si penes alium jam sit, hic exceptione defendetur: ut quod Fichard. de sententia declaratoriâ tradit, generale esse non possit. Planè ubi actioni ordinariæ locus non est, veluti si quis propter delictum aliquod, ipso jure amittat bona, vel, ut in nostris terminis, bona quædam in commissum cecidisse dicantur, officium nobile magistratus fuerit implorandum: qua de re pluribus hic agendi locus non est.

An ignorantia prætexi.] Vix videtur allegari posse ignorantia, ut quis putarit, se non debuisse vectigal, ad quod jure gentium teneri videtur, nec nisi crassa ea ignorantia esse possit: sed circa circumstantias personarum, rerum quantitatis, &c. ignorantia non

omninò crassa & error intervenire potest, veluti in specie *l. ultim. §. 10. h. tit.* qui nec ipse tamen error impune est, sed pœna dupli mulctatur: & facilius forte hic excusabimus errorem, quod ignorantia etiam juris in damnis amittendæ rei suæ non obsit. *l. 7. & 8. de iur. & fact. ign.* de quo alibi.

Quid si uni non omnibus.] Suarez. citatus loquitur de gabellariis sociis: cæteroquin si plures in diversis locis licet unius principis sint gabellarii, velut in Rheno, procul dubio ut res in commissum cadat, satis est uno in loco vectigal non fuisse solutum.

LIT. E.

Nisi immunitas concessa rei vel personæ.] In studiosis utrumque concurrere videtur, quoniam non pro quibusvis rebus competit hoc privilegium: nisi dicas privilegium concessum studiosis qua studiosis, quoniam si merces quasdam secum ferant, in iis studiosi rationem non habent: & Salic. cit. *in l. 5. C. de vectigal.* tantum loquitur de libris. Ratio autem vera huius immunitatis est à privilegio, qua de causa ad eos qui ab immuni quid comparaverunt non pertinet, ut in extremo huius lit. ait Tr. quod tamen limitat *Salicet. in d. l. 5. in f.* Altera autem à Tr. adiecta ratio à negotiatione, remotior videtur, quamvis inde juvetur, quod iuxta paulo ante dicta, pro iis quæ ad proprium usum pertinent, vectigal non solvitur. Est aliàs princeps causa vectigalium, ius superioritatis, & territorii, tum etiam viarum & itinerum tuitio & securitas. Plura hic quidem de immunitate variarum personarum, quibus & à quo concedatur, an præscriptione acquiratur, quis eius effectus, & quo usque porrigatur, tractari possent: sed hic nec libet nec vacat evagari.

THESIS ULT.

Ait hic Tr. quod collectæ tempore necessitatis sub vectigalibus adeoque iure regalium non censeantur. Quæ propositio duplicem sensum habet, 1. quod hæ collectæ contineantur sub vectigalibus, adeoque non sub regalibus. Quæ sententia, ex qua inferatur collectas regulariter, nō vectigalia pertinere sub regalia, absur-

absurda habenda est, quoniam sublimius est, ius vectigalium quã collectarum, quibus subditi gravari solent: sed & ita vitiosa plane fuerit vectigalis definitio th. praeced. quoniam collectae pro rebus plane diversis, & ex infinitis pene causis indici solent. 2. Quod hae collectae non contineantur sub vectigalibus, adeoq; nec indicantur iure regalium. Ex qua propositione vectigalia referuntur ad regalia contra Tr. qui th. praeced. lit. A. sub iurisdictionalia e a retulit. Sed & amplius dubium videtur, an quod ex natura sua regale est, propter causam exigendi, mutet naturam, & regale esse desinat: cum praesertim omnes collectae & tributa sub praetextu necessitatis indici & exigi soleant. Possit iuvari Treut. si dixeris eum explicandum de civitatibus recognoscentibus superiorem, quae cum regalia non habeant, & tamen tempore necessitatis collectare municipes possint, ius istud collectandi ad regalia non pertinebit. Quae sententia colligi potest ex cit. *Bart. in l. 1. C. de mulier. in quo loco, &c. num.* 44. ubi ab eiusmodi civitatibus etiam sine consensu principis necessitatis tempore collectas indici posse ait: cit. autem *Bald. in l. etiam. C. de execut. rei iud. nu.* 21. hoc tantum tradit, quod ius collectandi sit imperii meri.

PARERGON.

Quaestio vulgata est, an filii fam. super iis bonis adventitiis, quorum plenam habent proprietatem, testamentum facere possint. Et communissimo calculo itum est in sententiam negantem: sed sunt hodieq;, qui affirmantem mordicus defendunt, per textum (caetera enim quibus utuntur, leviuscula sunt) *in l. ult. §. ipsum, 5. vers. filiis autem. C. de bon. quae liberis.* ex quo, sublata etiam particula, *duntaxat*, quae dubiae fidei est, id quod volunt evidenter probari contendũt: & vulgatam Dd. responsionem, quod ex textu illo non-nisi argumentum à contrario sensu deducatur, glossariam, putidam & ineptam appellant: nimis iracundè. Equidem appellationis illius à contrario sensu, non inepta haec ratio reddi potest, quod hoc argumentandi modo ex propositione textus, per ratiocinationem contraria propositio elicitur, quoniam ex eo quod v. c. in casu uno de subjecto aliquid affirmatur vel negatur, extra illum casum cõ-

tra iomodo se rem habere colligitur: ut fortassis citra aliquam absurdit. tem hoc a gumenti genus dici possi: esse à repugnantibus. In genere autem dici potest esse hoc argumentum ab autoritate, s. d obliqua & per argumentationem elicita. Nimirum ab autoritate dupliciter in iure nostro ducitur argumentum: cum ex ipsis verbis textus, in terminis, ut loquuntur, aliquid probatur: & cum per argumentationem & flexum tex us inducitur: q em modum probandi significant Dd. cum aliquid argumento leg s probari dicunt. Hoc argumenti genus cum multiplex sit, tum hæc una ejus species, quam Dd. à contrario sensu appellant. Exemplum insigne est *in l.1. in pr. de offic. eius cui mandat. est iurisdict.* ubi Papin. ex hac propositione, quod iuxta l. Jul. imperium merum tum demum mandari possit, si m gistratum proficisci oporteat: educit & infert cōtrariam propositionem universalem negantem, quod imperium m. rum mandari non possit. Hoc ut ad rem nost am transferamus, propositio hæc est *in l. pen. C. de bon. quæ liber.* filiifam. de bon s adventitiis quorum ususfructus apud parentes constitutus est, testari non possunt. Propositio autem probanda hæc est: filiifam. de bonis adventitiis quorum ususfructus apud parentes constitutus nō est, sed apud ipsos filiosfam. testamentum facere possunt. Nemo quicquid conetur, effecerit unquam, ut hæc posterior propositio in priori illa directò contineatur, & ex ea directò probetur: sed elicitur hæc posterior ex illa priori per argumentationem, non minus quam illa Papin. *in d. l. 1. de off. eius cui mand. est iurisdict.* adeoque probatio hæc ex d. l. ult. tantum est ab autoritate obliqua, quæ nihil potest contra directam, quæ militat pro sententia negante *ex l. pen. C. qui testamenta facere poss.* cuius sententiam asseruimus, & varias variorum responsiones, quibus illam eludere conantur refutavimus: supra disp. 10, th. 2. lit. C. Atque hinc est quod Dd. vulgo tradunt, non procedere argumentum à cōtrario sensu, quando textus contrarius extat, quoniam autoritas directa est potentior.

AD DISPUT. XIX

De

DONATIONIBUS.

Respondente

LAURENTIO Langerman/ HAMburgensi.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

DOnatio est contractus.] Quæstio prima est, de genere donationis: & refert Tr. opinionem distinguentium inter ius anterius, & novum Justinianeum, quo demum non vero illo donatio sit contractus: quam opinionem miror probari potuisse *Cuiacio lib.* 10. *obs.* 28. *inf.* ubi ait donationem olim fuisse acquisitionem, sed hodie esse conventionem: & magis videatur probandum hac in re judicium Treut. qui utroq; iure contractum esse defendit: quoniam nihil hic novi fecit Justin. nisi quod ex pacto nudo fecit legitimum, & deditactionem civilem: neque tantum textibus jure novo, sed etiam anteriori non semel contractibus annumeratur; veluti *l.* 7. *C. de his qua vi. l.* 2. §. 2. *h. t.* ubi promissione est perfecta donatio *l.* 12 *eod.* ubi ex donatione quis dicitur obligari *l.* 22. *eod.* ubi donatio opponitur bonę fidei contractibus *l ult.* §. 1. *eod.* ubi ante traditionem quis donasse proponitur. Sed quo minus in istam Tr. sententiam descendere possim, illud præcipue facit, quod cum omnis contractus & omnis conventio propriam habeat essentiam

& formam, non possum animadvertere, quænam donationis considerata ut contractus vel conventio, essentia possit esse & forma: quandoquidem ex jam cit. textibus apparet, nulla alia ratione aut respectu donationem dici contractum aut sub contractum referri, nisi quatenus ante traditionem efficax ad petendum actio nata est, nimirum non aliunde, quam ex stipulatione interposita, quo solo intuitu *in l. 22. inf. h. t.* donatio negatur esse bonæ fidei contractus. Itaque hoc sensu donatio nihil aliud fuerit, quam ex liberalitate profecta stipulatio vel promissio, & proinde contractus duo separati & distincti eandem essentiam habebunt, & sola causa stipulandi diversum efficiet contractum: quod perabsurdum est, cum stipulatio una eademque essentia ex diversissimis prorsus causis interponatur. Deinde contra sententiam Treut. moveor, quod ea admissa, nullum potest dari certum & perpetuum genus donationis, quod tamen in constituendis definitionibus omnino necessarium est, cum genus semper inesse oporteat suæ speciei: quid enim si citra ullam præcedentem conventionem recta donandi causa quis tradat, quid si pactum nudum interponat? Et Tr. quidem hanc obiectionem evitare velle videtur, dum pacta legitima contractus esse ait lit. B. verum ut hæc plane inter se confundantur nullo modo admitti potest, juxta not. supra *part. 1. disp. 6.* neque potest pactum nudum sufficere, ubi, ex iure scilicet veteri stipulatione opus est, nec quod hodie pactum actionem parit, ideo stipulatio intervenire non potest, aut sibi non constat Tr. & cum Cuiac. inter ius novum & vetus distinguere necesse habet: quibus

Dicit Bald. ēē modo transferendi Dominio.

rationibus moveor, ut ex diametro contra Tr. statuam, donationem nec veteri nec novo iure contractum, sed modum transferendi dominii esse: quod & methodus Justin. Institutionibus arguit, tum quod & in D. & in C. longissime à contractibus ista tractatio remota est: facit *l. 1. in pr. h. t.* ubi donatio sæpius per traditionem explicatur, quod & ipsa natura & proprietas verbi denotare videtur. Sed nimirum quia donatio simul implicat & continet causam tradendi, quod proprium est contractuum, & propter coniunctionem causæ cum effectu, quod ex stipulatione efficax erat actio, factũ est, ut ipsa stipulatio & promissio de donãdo per metonymiã quandam causæ, donatio appellaretur, quod & hodie de pacto nudo dici potest. Revera autem donatio ipsam translationẽ rei significat,

ficat, pactum autẽ & stipulatio, sunt promissiones & conventiones de donando, quoniam qui donare vult, nec rem ad manum habet, interim conventione se obstringit. Dixerit fortasse quis, etiã venditionem posse fieri per stipulationem, cum tamen maxime venditio à stipulatione sit diversa. Verum non sunt hæc similia: quoniam venditio habet distinctam essentiam: quæ in donatione dari non potest, & de essentia venditionis est, ut simplici conventione perficiatur. Nõ absimile autem exemplum proponi potest in dote, verbo latius sumto, quæ olim non nisi per stipulationem, hodie quavis cõventione recte constituitur. Plane quoniam frequenter ipsa de donando promissio, donatio appellatur, iuxta hunc usum dixerit quis non inepte, quod donatio perficiatur vel traditione rei vel conventione, & illud proprie, quo sensu donatio est gratuita rei in aliquem collatio: hoc improprie, quo sensu est liberalitatis exercẽdæ gratia facta conventio. Eaq; vel pactum legitimũ vel stipulatio.

Sequitur ergo falsum esse proprie loquendo, quod Tr. ait hac lit. *vers. modus igitur*. donationem esse modum acquirendæ obligationis: ubi verbo donationis, ut ita loquar, relative utitur: quod alias dicendum esset, donationem esse modum transferendæ obligationis. Sed & ibid. hoc vitiosum, quod ait esse modum acquirendi rem incorporalem, obligationem, non dominium vel rem corporalem: quoniam cum ipse disputatione seq. th. 1. admittat dominium rei incorporalis, & quidem dominium proprie dictum, non poterat hoc modo obligationem & dominium opponere.

Et hinc iudicium fieri potest de opinione Riminald. relata à Tr. hac lit *vers. & hoc iure*, quod etiam olim donatio fieri potuerit nudo pacto. Etenim per supradictam metonymiam causæ ex ratione iurisgent. potuit dici donatio, sed non neque ullo modo potuit ita appellari quoad perfectionem juris civilis & effectum exigendi, siquidem ante Justin. ex pacto nudo actio nata non fuit. Hinc etiam decidi potest controversia subiecta à Tr. *in vers. nominatum*. Equidem si contractus est, cum nomen elegans adsit, vix potest dubitari: quin sit contractus nominatus: sed scilicet nullo modo contractus est, sed per metonymiam causæ, modo cõtractus modo pactum est, non autem tantum contractus: & ead. abusione donatio impropria aliquando ad contractus innominatos referri potest, v.c. si quid sub modo, ut aliquid detur vel fiat, fuerit

donatum. Verum cum donatio impropria varie dicatur, non potest simpliciter utcunq; abusive loquamur, ad contractus nominatos vel innominatos donatio propria vel impropria referri: & parum convenit methodo & rationi, ut sub donatione hic definita, donatio propria & impropria contineatur, & tamen denominatio aut prædicatum hoc ad donationem propriam restringatur.

LIT. B.

Conventio legitima.] Eandem mox iurisgent. appellat: quod alienum est ab usu iuris nostri, quo conventio iurisgent. & legitima invicem opponuntur *l. 5. 6. & 7. in pr. de pact.* cæteroquin verbo legis aut legitimi, generalius accepto, facile admittam, ut contractus legitimæ conventiones appellentur, sed ut hoc convertatur, & omnes conventiones quæ iure nostro ad agendum efficaces sunt, velut pacta nuda lege aliqua confirmata, contractus appellentur, non tantum dd. textibus sed etiam perpetuo usui iuris repugnat, nec rationi convenit, ut an contractus sit, nec ne, non ex forma interna & propria essentia, sed à nuda & externa legis confirmatione æstimetur. Nec illud Tr. probandum, quod contractus consensu constantes, sint nuda pacta legitima, sub perspicua fallacia ambiguitatis in verbo, *legitimi*: quia non eo modo quo pacta quædam certis & singularibus legibus, ita contractus illi iure civili confirmati sunt, sed simpliciter cum omni, ut ita dicam, humano genere in quacumque republ. recepti, ob qualitatem eorum frequentiam & necessitatem, ita ut iis nulla carere possit respublica: quod ipsum, ut tractatum supr. *part. 1. disp. 6. th. 1.* quandam causæ habet rationem: licet magnam alias cum pactis nudis hi contractus affinitatem habeant, à quibus cæteri evidentius distinguuntur. Porro amplius ex ea Treut. propositione, quod contractus illi non nisi pacta sint nuda, infertur & hoc, quod omnia pacta nuda ex iurisgentium ratione sint contractus: siquidem contractus juxta Tr. æstimantur tantum ex effectu agendi, omnia autem pacta ex iure gentium actionem producunt. Mihi vero nec hoc admittendum videtur: & ex iure gentium quoque aliam rationem esse puto determinatarum quarundam conventionum,

num, quæ contractus dicuntur, & aliarum vagarum, quæ appellationi pactorum nudorum relinquuntur. Et repudianda itaque sunt ista Tr. paradoxa, & probandi Doctores, ex quorum definitionibus & distinctionibus, quod Tr. opinionem suam firmissime ait deduci posse, quin falsum sit, dubitari minime oportet: quoniam illi ut tractatum *sup. p. 1. disp. 6. th.* 1. *&* 2. omnimodo pacta legitima à contractibus distinguunt, & pactum in genere sumtum dividunt in nudum & vestitum, & hoc vel natura sua, quod est contractus, vel ex accidenti, & hoc vel confirmatione legis, quod est pactum legitimum, vel cohærentia contractus, quod est pactum adiectum: quæ traditiones ab istis Tr. opinionibus toto pene cœlo distare videntur.

LIT. C.

Iurisgent.] Donationem quidem jurisgent. esse non ambigitur, sed quomodo huius iuris sit, pro conventione accepta, considerandum est, & extra rempubl. Romanam, & in ea. Extra eam per metonymiam causæ non contractus, sed pactum potius donatio est: sed in ea consideratur vel ad ius vetus, vel novum Justin. Ex illo constat pactum de donando non produxisse actionem, sed stipulatione fuisse opus: adeoque cum Tr. lit. præced. essentiam contractus æstimet ex actione & effectu civili, & stipulatio iuris civilis cōtractus sit, prorsus falsum esse oportet, quod ex ratione juris veteris donatio sit cōtractus iurisg. Ex hoc autē, cum pactū de donādo legitimū factū sit, ex hypothesi Tr. cui omnia pacta legitima contractus sunt, possit per metonymiam donatio dici contractus, sed non satis bene contractus iurisgent. quoniam à iure civili pactum habet efficaciam, à qua Tr. omnes contractus æstimat. Sequitur hinc porro, quod Tr. subiicit, donationem perfici nudo consensu, falsum prorsus esse ex ratione iuris civilis veteris, & prorsus vitiosam probationem ex *l. 2. h. t.* ubi stipulatione facta proponitur donatio, aberraverit autem à principiis iuris, qui stipulationem nudo consensu absolvi dixerit. Neque video quæ hic defensio Tr. patrocinari possit, qui donationem quam iure veteri & novo contractum esse statuit, hoc modo definit. Illud autem hic quoque obstat, quod supra attigimus, etiam citra conuentionem ullam statim à traditione donationem incipere & perfici poss

ſe:quod veritatis vi coactus lit. A. fatetur Tr. ubi probat Riminald. & tres modos refert quibus donatio fiat, nudum pactum, ſtipulationem & traditionem : quibus poſterioribus modis, & maxime per traditionem factæ donationi nullo modo definitio Treutl. accommodari poteſt. Et mittamus igitur nuntium his Treutl. opinionibus, & cum Dd. ſtatuamus, pacta nuda licet confirmata, à contractibus differre : eſſentiam & formam contractuum, à ſola confirmatione legis non pendere : donationem proprie loquendo modum transferendi dominii, pactum & ſtipulationem conventiones de donando, aut non niſi per abuſionem & metonymiam donationes eſſe. Quæ omnia & ſingula plana, facilia & perſpicua ſunt, iiſque conſtitutis, quæcunque moveri & obiici poſſunt, nullo negotio expediuntur. Illi autem per quam ſcilicet ſubtiles ſunt, qui ut evitent has difficultates, per genus generaliſſimum, ACTUM. definiunt donationem: quo ſane genere nihil non fere in univerſo jure definiri poſſit.

Quod contractibus iuriſgent.] Hoc ita accipiendum, non quod omnes contractus iuriſgent. nudo conſenſu perficiantur, ſed quod conventiones ſolo conſenſu conſtantes ſint jurisgent. quod ipſum tamen dubitari poſſit, an ſit generale, quod fortaſſis & ius civile actum aliquem ad quem ſufficiat nudus conſenſus, introducere queat. Infert autem ex illa propoſitione Treut. quod etiam donatio propter nuptias juriſgent. ſit. Id quidem certum eſt in illa ſpecie, quæ ad inſtar alterius donationis ſimplicis ante nuptias in ſponſam conferebatur : ſed dubia propoſitio eſt in ea, quæ conſtitutionibus Imperatorum & præcipue Juſtin. introducta & formata eſt, per quam invicem acceptæ dotis aliud quippiam ita offertur ſponſæ, ut regulariter in eam, nec dominium nec poſſeſſio transferatur, ſed, tum ut tanto magis ſecuritati dotis conſultum ſit, tum ut æqualia lucra quæ maritus in dote, uxor in donatione propter nuptias, conſequatur, conſtituitur. Et quod hæc donationis propter nuptias ſpecies, non ſit ex iure gent. probatur, tum quod etiam fieri poteſt conſtante matrimonio quo donatio vera prohibita eſt, tum *ex §. eſt & aliud 3. in princip. Inſt. h. t.* ubi Juſtin. teſtatur hoc donationis genus veteribus prudentibus penitus incognitum fuiſſe, eos autem contractum aliquem juris

risgent.ignoraſſe, probabile non eſt; & hæc opinio magis confirmatur *ex Nov.* 97. & N. 119. ubi ſponſalitia largitas ſpecialis dicitur contractus: & eſt ſane ille eiuſmodi, ut ſimplicitati juriſgentium non convenire videatur. De iſta autem ſpecie donationis propter nuptias hic agere & quærere Treutl. illud argumento eſt, quod hanc citatus pro Treut. *Forc. dial.* 74. juriſgentium eſſe contendit, ubi & idem male de ſtipulatione affirmat. Porro de huius donationis natura plenius agemus in f.th.8.

LIT. D.E.&F.

Requirit Treut. acceptationem donatarii, & huius non quemvis, ſed expreſſum conſenſum. Ubi more ſuo errat, & quod ſpeciale eſt, ut generale proponit: quoniam hoc utique falſum eſt in donatione quæ fit per traditionem, perfectaq; ea & valida erit, ſi donatarius rem tacens accipiat: cæterum inepta quæſtio eſt de donatione quæ fit per ſtipulationem, quæ non niſi utroque loquente contrahi poteſt. Supereſt igitur controverſia, ſi pacto nudo facta ſit donatio, quæ pertinet ad locum communem de pactis, an altero tacente inducatur pactum: quod communius affirmatur, & ex eo fundamento *Clar. in §. donatio quæſt.* 14. *num.* 5. defendit perfectam eſſe donationem, ſi alter taceat, de quo actum eſt ſupra *part.* 1. *diſputat.* 6. *th.* 1. *lit. B.* v. tamen citatos *à Tiraq. in l. ſi unquam* 8. *Cod. de revoc. don. verb. libertis nu.* 68. qui patientiam & taciturnitatem ſufficere negant. Quod lit. E. traditur, donationem non alienationem, ſed cauſam & titulum eſſe, jam ante explicatum & refutatum eſt.

Notari hic tandem obiter poſſit, quod definitio Treut. non exacta ſatis, & nimis verboſa videatur: quia verba illa *iuriſgent.* quoniam ea differentia non propria ſed communis eſt, omitti poterant: ſicut & illa, *acceptante donatario*, quoniam in omni conventione conſenſum mutuum utrinque intervenire oportet. Sed & illa *ad rem alienandam*, ſiquidem donatio conſenſu nudo perficitur, videri poſſint ad eſſentiam conſtituendam non pertinere: cum præſertim iſta verba donationi, quæ fit v. c. per remiſſionem debiti aut in facto conſiſtit, non ſatis commode aptari poſſe videantur.

THE-

THESIS II.

LIT. A.

Divisio.

Dividit donationem in propriam & inpropriam, & scilicet dividit, si ratio methodi constare debet, eam, quam definiit thes. præced. & tamen non immerito quis dubitet an ea definitio conveniat speciebus impropriæ donationis, 1. propter verba *liberalitate donantis.* quæ non conveniunt donationi ob causam aut sub modo, nisi ambigue & æquivoce: sed nec donationi causa mortis postquam ea per *l. ult. C. de donat. mort. caus.* instar legatorum & ultimæ voluntatis obtinet: utadeo 2. quod in definitione de expresso consensu utriusque & acceptatione donatarii traditur, non possit hic habere locum, quod præsertim Tr. th. 9. lit. A. in f. nec præsentiam quidem donatarii exigit. 3. Quod nudo consensu perfici dicitur non convenit donationi quæ sub modo fieri dicitur *l. 1. & t. t. C. de donat. quæ sub mod.* quoniam cum incidant in speciem contractuum innominatorum, non nisi interveniente traditione vel facto perfici videntur. Illud quoque hic notandum, varias plane esse species donationis impropriæ, ob diversas causas ita dictæ, vel quod interveniat aliquid ab altera parte, velut in donationibus sub causa & modo & remuneratoriis, quibus casibus pro quantitate & qualitate hostimenti illius, propius vel longius à vera donatione receditur: vel propter ius revocandi, velut in mortis causa donatione: vel propter alias limitatam liberalitatem: velut in donatione propter nuptias, & si quæ eius generis sunt alia.

Sed jam de propria videamus, quæ etiam pura & simplex dicitur, adeoque in dubio facta esse præsumitur, ut recte ait Treut. à quo *Alciat. in l. 76. § 1. de V. S.* ubi nec ulla donationis mentio, non dissentit.

Vt igitur remuneratoria.] Apparet à Treut. donationi puræ & propriæ opponi remuneratoriam, arg. *l. Aquilius. 27. h. t.* quod tamen respective non absolute verum videtur, quoniam ubi merita eius generis sunt, ut ex iis nec actio sit nec retentio, propria potius donatio videri possit: quod alias omnis donatio collata in eum qui ante donavit fuerit habenda pro impropria, siquidem omnis

dona-

donatarius ad antidora obligatur *l.25.§.consuluit.de petit. hered.* & facit huc *d.l.27.*ubi eiusmodi sunt merita, quorum nomine extraordinariæ persequutioni locus est *l.1.in pr.de extraord.cognit.* Tr. autem paulo confusius hic agit: pertinet enim hoc ad tractationem de insinuatione donationis, qua scilicet non egere donationem remuneratoriam præsupponendum est cum *Mynsing.cent.4.observ.75. Clar.in §.donatio quæst.3.in pr.* Atque ita quæritur an in dubio donatio remuneratoria præsumatur: quod negandum est, quoniam alias nullo negotio eluderetur necessitas insinuationis quam leges requirunt: & igitur ut ad hunc effectum excludendi insinuationis necessitatem donatio remuneratoria censeatur, necesse est, ut ait Tr. merita officiaque nominatim à donatore exprimi aut liquido probari. Quæ oppositio vel alternatio potius, recte se non habet, quoniam possent etiam falsa & falso merita à donatore exprimi: ideoque necessum est de meritis constare vel tempore donationis, vel ea postea probari. Quoniam autem incidimus in mentionem *l.27.h.t.* adiicere hoc libet, videre ei contrariam *l. Lucius 32. eod.* in hoc, quod illa negat facultatem revocandi hæredibus donationis, quam hec concedit. Divinatorium est, quod Char. Goth. & alii d.l.32. de simplici precario accipiunt: Violentum autem quod Ant. Fab. pro, *volueris* legit, *voluerim*, Cuiac. ad antiquam L. Cinciam confugit. Dicam simplicissime, donationem usus ædium stricte acceptam fuisse, ut finiretur morte donantis: exceptam autem à Papiniano *in d.l.27.* donationem remuneratoriam. Idq; ipse Papin. ostendit, dum ait defendi posse, non esse meram donationem: quæ verba necessario inferunt, quod etiã *in l.32.* traditur, donationem meram usus morte donantis finiri: ut ridiculi sint, qui hanc rationem decidendi tradunt *ad d.l.27.* quod donatio perfecta revocari non possit. Illi etiã inepti qui *in d.l.27.* servitutẽ personalem habitationis constitutam putant: etenim habitare ibi significat factum istud, quod concesso usu ædium exercet donatarius: & esset ita (cum etiam de eo casu loquatur *l.32.*) inexplicabilis fere antinomia: quamvis JCtus *in d.l.27.* ita explicet mentem donantis remunerari volentis, ut quodammodo usumfructum concessisse videatur. Est alias huiusmodi concessio precario affinis, sed eo diversa, quod ita facta ut in l.32. ab ipso concedente revocari non potest. Sed jam ad Tr. redeamus.

L

Subiicit ille hoc quod dixerat non esse restringendum ad personas inter quas prohibita donatio est, ne ab aliis eludatur insinuandi necessitas. Ratio huius dubitationis est, quod inter istas personas, inter quas prohibita donatio est, nullius quantitatis donatio propria est, sed valet remuneratoria, velut inter maritum & uxorem, patrem & filium, ut ex Dd. tradit *Gail. 2. obs. 38. num. 4. & seqq.* (de quo post agemus.) Ratio autem decidendi ab ipso Treut. subiicitur, quod alias eluderetur insinuandi necessitas: & proinde loquitur Tr. de donatione quæ excedit quingentos aureos, in quibus terminis etiam non dubito veram esse Tr. sententiam: cæteroquin infra summam 500. solidorum donationem citra cuiusq; causæ aut meriti expressionem vel probationem, validam esse constat, sed liberalitati huiusmodi priuatorum terminum aliquem LL. præfigendum esse duxerunt. Et in his terminis videri possit loqui *Gail. d. loco*, nisi se referret ad *Clar. qui quæst. 3. n. 2.* simpliciter asserit, sufficere solam assertionem donantis, ut propter benemerita donatio facta credatur.

Mortis causa donatio.] Pertinet hoc ad confirmationem eius quod initio dixerat, in dubio præsumi donationem simplicem & propriam; ideoq; ut donatio impropria, mortis causa sit, oportere mentionem factam esse mortis: de quo videbimus infra *th. 9. lit. A. inf.* ubi Tr. idem hoc repetit.

LIT. E.

Vel impropria.] De speciebus impropriæ donationis, agitur in seqq. Est autem homonymia in verbo, *improprii*: quoniam *ex Gœdd. ad l. 18. de V. S.* tradit donationes improprias dici munera, *per l. 194. de V. S.* ubi donationes cum causa, veluti natalitia, nuptialia, munera appellantur. Ubi pariter ambiguum est verbum, *causa*: quoniam alia est donatio ob causam sive futuram sive præteritam, in qua inest necessitas præstandi: alia autem ex causa, quæ in simplici honestate & officio quodam pietatis & cognationis consistit, cuiusmodi sunt natalitia & nuptialia munera, quæ ab amicis nulla necessitate coactis, mitti solebant, adeoque respective in speciem veræ donationis incidunt. Ut proinde nec probandum videatur, quod cit. loc. in universum tradit Gœdd. donationem mortis causa, & quamcunque aliam impropriam, munus appellari:

lari: quoniam appellatio illa munerum per translationem quandam ad species *in d. l. 194.* accommodata videtur, arg. eius quod *Varro lib. 4. d. ling. Latina inf.* munus appellat, quod officii causa dant, qui mutuo sunt animo: quæ similitudo in mortis causa & aliis impropriis donationibus non occurrit. Porro ut hoc obiter addamus, pugna quæ videtur esse inter *d. l. 194. & l. 214. de Verbor. Sign.* in quarum altera donum & munus dicuntur differre ut genus & species, in altera ut species & genus, in quo extricando operose laborat *Gœdd. in d. l. 18. de Verb. Sign.* facilime ita componitur, quod aut munus sumitur laxe ut etiam officia & munia in republ. gerenda comprehendat, & procul dubio latius patet quam donum: aut in specie sumitur pro largitione quadam, & doni est species.

LIT. C.

Nullo casu ad se reverti.] Obstat quod traditur infra th. 7. donationem etiam propriam habere in se tacitam conditionem nisi liberi nascantur, de quo ibid. agemus. Hinc autem quod quis nullo casu rem ad se vult reverti, sequitur, donationem hanc regulariter rescindi non posse: quoniam mutuo consensu hinc inde acta & transacta non nisi duplici ex causa possunt retractari, tum ex pactis & conventionibus adiectis, quibus satisfactum non est: tum ex autoritate legis, quæ cessante conventione ex causa ingratitudinis donationem rescindit *l. ult. Cod. de revocand. donat.* & quidem nominatim adiecta particula taxativa, certis expressis causis, quæ tamen taxativa particula ex communi Dd. sententia casus similes vel maiores non excludit: & dubitari potest, an propter negata alimenta donatio possit revocari. Ratio dubitandi petitur *ex l. 8. Dig. de decur.* ubi alimenta ex publico ei præstanda dicuntur, qui munificentia in patriam, exhausit patrimonium. Sed existimo cum & in quantitate & summa rei donatæ & in circumstantiis personarum, multa hic posita sint, propter simpliciter negata alimenta donatione quem privari non posse: sed ius petendi alimenta officio iudicis nobili donatarium habere, & magistratum cogniturum, an & quæ alimenta præstanda sint, & an propterea negata donatione quis sit privandus: *add. not. inf. th. 7. lit. D.*

Porro Tr. cur donatio revocari non possit, hanc rationem reddit, quod in contractibus nominatis non sit pænitentię locus. Cum autem tractet de donatione impleta, quippe de eius reversione & revocatione, parum subtilis ista ratio esse videtur: quoniam hactenus contractus nominati & innominati hac in re opponuntur, quatenus illi aut à nulla, aut ab alterutra tantum parte impleti sunt, & hoc scilicet sensu, quod quicquid conventum est, omnino fieri & præstari oportet. Atquin cum donatio non nisi ab una parte obligare possit, ubi res tradita est, non nisi inepte dixeris aut disputaveris de pænitentia, siquidem pura donatio proponitur: in contractibus autem innominatis hoc locum pœnitentię facit, quod datio non pure, sed sub certo modo & lege facta, & ex altera parte legi illi paritum & satisfactum non est: Quin etsi ponas nondum impletam donationem, jeiuna de revocatione disputatio est, perinde ac si quis dubitet, an quod stipulato se quis daturum facturumve promisit, ex pœnitentia revocare possit.

THESIS III.

LIT. A.

De personis regulam hic tradit Tr. donare posse qui liberam habent rerum administrationem: adeoq; minus commoda exceptio est, de pupillis furiosis prodigis, qui nullam administrationem habent. Et nimirum administratio hic non sufficit, quia tutores & curatores donare non possunt: quin nec libera administratio sufficit, quoniam procuratores omnium bonorum cum libera, servi & filii fam. quibus libera peculii administratio permissa est, non donant. Oportet igitur esse jus administrandi res proprias, & ita dominium cum administratione. Illud quoque non satis recte hic Tr. dum ait, ut testari cæterosq; contractus peragere sic donare non possunt, &c. quoniam male copulatur jus testandi cum jure contrahendi, quod omnimodo filiisfam. illud nullo modo competit: & à negato jure testandi, male infertur ad negandum ius donandi: vel quia nec consensu patris filius testari, sed omnimodo eius consensu donare potest, vel quia filiusfam. de bonis adventitiis quorum plenam habet proprietatem non testari sed donare potest *arg. N. 117. inf. pr.*

Sed

Sed quid de minore pubere.] Non satis hic sibi constare videtur Tr. dum ait minorem alios quidem contractus sine curatore inire posse, donatione autem alienare non posse, & ita diversum à reliquis contractibus, & proinde exceptionem constituit. Quod si enim minor, ut Tr. existimat, ex cæteris contractibus obligari potest, utique etiam obligari poterit donando, imo donare poterit, quatenus donatio, ut contractus, & ut modus acquirendæ obligationis cum ipso Tr. th. 1. consideratur. Secundum quam considerationem inepta est exceptio, quod minor donando alienare non possit: siquidem ut d. th. 1. contendit Tr. donatio transferendi dominii modus, & ita alienatio non est. Sed nimirum hic quoque Tr. agnoscere coactus fuit, quod donatio in proprio suo significatu non contractus sed alienatio sit: cæterum quatenus donatio abusive & per metonymiam promissionem sive stipulato sive nudo pacto factam significat, eo sensu quisquis minorem obligari statuit, donare quoque eum posse necessario affirmabit: alias ita quoque colligere liceret, minorem non posse vendere vel promittere, quia non possit ex causa venditionis vel promissionis alienare. De ipsa autem quæstione principali, an minor sine curatore civiliter obligetur, tractatum est supra *part. 1. disp. 6. th. 5.*

Iuramento tamen.] Alienationem à minore factam, vel contractum ab eo initum, ut ex eo alienationem sequi oporteat iuramento confirmari ex iuris Can. ratione, minus dubium est: an idem sit iure civili, pendet ab interpretatione *auth. sacramenta Cod. si advers. vendit.* quam Bulgarus quidem una cum *l. 1. C. eod.* ad contractus & actus iure validos restrinxit, sed Martinus etiam in actibus & contractibus iure civili nullis obtinere censuit, cuius sententia communiter recepta est, ut plenius tractatum supra *part. 1. disp. 11. thes. 9.*

LIT. B.

Ad regulam præmissam proponitur hic exceptio, donare non posse, qui speciatim prohibentur: idque generale esse subiicit in prohibitoriis. Quod nimis indefinite dictum ita explicandum est, ut referatur ad casum quo personę aliquę facere quid prohibentur ex quo cæteris id permissum esse colligitur: sed ubi prohibitio generalis est, nemo id facere potest, nisi speciatim exce-

ptus & admissus. Contrario modo res se habet in permissoriis.

Sic iure Saxon.] Proponit iure Saxon. non posse sine consensu heredum, donari bona immobilia avita: quæ satis incôcinna transitio est à personis ad res: sed & cum thesis indefinitam prohibitionem proponat, aliud est, non posse donare simpliciter, & non posse sine consensu certarum personarum. Textus autem juris Saxon. generalis est, daß niemand sein eigen ohn der erben laub vergeben könne: sed ut apparet ex citatis *Zobel. part. 2. differen.* 19. *Fachs. differen.* 5. *Reinhardo part.* 1. *differen.* 1. textus ille primo accipitur de immobilibus & avitis bonis, & propria industria aut alias non acquisitis. Deinde ab Augusto Electore *part. 2. constitut.* 12. restringitur ad heredes descendentes. 3. ab eod. Augusto restringitur ad donationem propriam inter vivos. 4. Restringitur ad extraneos, id est, omnes extra liberos, quoniam uni ex his bona illa donari possunt, dummodo reliquis salva sit legitima. Illud autem frustra & à Treut. & ab ipso Augusto adiicitur, quod si quantitas bonorum excedat quingentos solidos, non sufficiat consensus heredum, sed opus sit insinuatione: siquidem in universum iure Saxon. cautum est, ut nulla immobilium donatio sine insinuatione valida sit, ut ipse in f. huius liter. subiicit Treutl. & traditur perspicue à *Fachsio differ.* 4. *Reinhard. part.* 1. *differen.* 4. Cæterum de donatione propria quæ jure Saxon. non possit fieri ab ægrotante vide *Reinhard. part. 1. differen.* 2. ubi ex iure Saxon. docet cuius roboris mulierem vel virum, & hunc vel nobilem vel civem vel rusticum, ut valeat donatio, esse oporteat.

LIT. C.

Sequuntur hac lit. personæ prohibitæ, inter quas primo refertur filiusfam. videlicet qua talis, quoniam de castrensibus vel quasi donare potest: ut nihil opus sit limitatione in f. lit. adiecta. Et tamen de adventitiis in quibus habet plenam proprietatem donare eum posse verius est per *Nov.* 117. *c.* 1. § 1. in quibus tamen ad instar patrum fam. redactos esse filios, legimus nusquam: ut adeo hic claudicet Tr. exceptio, nec minus in eo, quod filius in textibus citatis donare posse negatur, non tam propter conditionem per-

sonæ

ſonæ, alias nec contrahere poſſet, quam potius propter qualitatem bonorum, videlicet peculii profectitii, cuius dominium pater habet: ut adeo eius conſenſu filium donare poſſe certum ſit, quod hic non tam filius, ſed per eum & eius miniſterio pater donare videatur. Illud autem tacite permiſiſſe cenſetur pater, ut filius ex juſta cauſa & in dignitate conſtitutus donare poſſit, ut colligitur ex *l.7.§.nonnunquam 3.h.t.*

LIT. D.

Refert hic inter perſonas prohibitas, patrem. Et hoc minus recte 1. quia hic nulla eſt L. prohibitio, quæ patrem filio donare vetet, ſed ratio poteſtatis facit, ne poſſit donatio conſiſtere, quia quidquid adquirit filius, ad patrem recurrit, adeoque fit hoc, ut ait *Salic. in l.25. Cod. de donat. int. vir. & uxor.* impoſſibilitate juris. Deinde dicitur quis pater non tantum filiifam. ſed etiam emancipati, in quem collata donatio valet: qua de cauſa ipſe Treut. in theſ. limitationem ſubiicere coactus fuit, quæ ſcil. argumento eſt, non eſſe ſimpliciter inter perſonas prohibitas referendum patrem, ſed, ſi modo prohibitio iſta appellari poteſt, ſub ſola relatione ad filium in poteſtate, quandoquidem alias patrem eſſe non impedit, quo minus quis libere donare poſſit. Sed & amplius hic notandum, non eſſe hoc proprium donationi ſed omnibus contractibus commune, ut non conſiſtant inter patrem & filium: ideoque ex methodo Treut. in omnibus contractibus pater inter perſonas prohibitas referendus eſſet: fitque hoc in hac materia eo minus recte, quod poſt *l.25. C. de donat. int. vir. & uxor.* patris quoque donatio morte confirmatur, (ita ut ad tempus donationis factæ retrotrahatur) ex qua l. ipſe Tr. th. 6. lit. G. deducit, donationem inter patrem & filium citra inſinuationem valere.

LIT. E.

Proponit hac lit. Tr. aliquot caſus, quibus donatio patris, in filium collata confirmetur: ex quibus primus eſt, ſi acceſſerit iuramentum. Solet autem Tr. ſæpius diſtinguere (de quo alibi actum) quod interſit, an juramentum ſervandum ſit, & an actus ſuper quo juratũ eſt confirmetur, quæ diſtinctio vel maxime hic adhibenda eſſe videatur, ut donatio quidem propter religionem jurisiurandi

randi non possit revocari, sed pater in ead. voluntate perseverare, atq; ita ut tandem morte confirmetur donatio, admittere cogatur: actus autem ipse & donatio non confirmetur, durante quippe ead. conditione personæ, quæ eum efficiat, ut donatio ne subsistat, neque per juramentum ea personarum qualitas ullo modo tollatur, necessario efficitur, per juramentum donationem illam convalidari non posse. Et hoc iure civili nostro verissimum esse non dubito, etiamsi vel decies patrem jurasse proponas: sed videlicet opinio ista fundatur in iure Can. quod incapacitatem illam filiifam. à iure civili introductam, attendere non videtur, sed potius naturalem quandam obligationem, quę etiam inter patrem & filium consistere potest: quibus rationibus utuntur *Geil. lib. 2. obser. 38. Clar. quæst. 8. in f.* ubi etiam attestatur de communissima & recepta opinione, ineptum fore dicens advocatum, qui contra eam in foro disputare velit. Non absimilis ratio est domini & servi inter quos naturalis etiam obligatio contrahitur: quamvis major in filio dubitandi ratio sit, quoniam potestas dominorum in servos contra naturam, sed parentum in liberos secundum naturam est, non tamen talis, qualis iure civili introducta & constituta est.

Ratihabitione patris.] Alter hic modus est, quo ex sententia Tr. confirmatur donatio, ratihabitio patris post emancipationem: quæ tamen non est species citatæ *l. 31. §. 2. h. t.* secundum quam pater qui sub ipsum tempus emancipationis non adimit filio quæ antea donandi causa in ipsum contulerat, repetiisse censetur donationem, ita ut nulla amplius ratihabitione opus sit, quæ tamen ex sententia Tr. desiderari videtur.

Sicut & hæredum.] Tertius hic modus est confirmandi donationem, ratihabitio heredum. Equidem non semel in iure nostro donatio patris in filium nulla esse dicitur *l. 2. §. ult. pro hered. d. l. 1. §. 1. pro donato*, sed nihilominus inspecta declaratione animi patris, & collatione actuali in filium, & præsertim quod illa qualis qualis donatio post mortem patris confirmatur, de quo actum est supra *disp. 17. th. 5.* potest donatum dici, & de eius confirmatione disputari velut *in d. l. 31. §. 2. h. t. l. 26. de inoff. donat. l. 13. C. de collat. l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* Iste autem modus, ratihabitio heredum, caret dubitandi ratione, siquidem heredes libere quicquid volunt in filium conferre possunt. Sed & cum hic disputetur de modis ad con-

confirmandam donationem necessariis, insubtiliter & male hic modus proponitur, quoniam ut statim apud Tr. sequitur: sola patris morte donatio confirmatur, eoque etiam coheredibus invitissimis, & quorum frustra desideretur ratihabitio. Quod autem de separatione emancipationis effectum habente subiicit, hinc alienum est: cæteroquin ad eum effectum separatio facta dicitur, si filius consensu patris seorsim tractet, seorsim ab eo habitet, & propriam familiam œconomiamque instituat, ut expressum est in constitutione *August. p. 2. c. 10. & notat Zas. in l. utrum turpem 107. nu. 4. de V.O.*

Denique sola patris morte.] Morte patris confirmari donationẽ probatur *ex l. donationes 25. C. de donat. int. vir. & ux.* Memini quidem à quibusdam textum illum aliter accipi & explicari, & nimirum de eo silentio patris, quod intercedit tempore quo fit emancipatio, iuxta *l. 31. §. 2. h. t.* ex qua repetiisse pater & perfecisse donationem ante factam, si expresse eam non revocaverit, neque ante donatum ademerit, intelligitur. Sed refutatur hæc explicatio aut divinatio potius, tum quod nulla sub toto eo titulo emancipationis mentio, tum quod silentium ex æquo prædicatur de donatione coniugis & patris, ut absurdum sit illud de diversissimis casibus, in persona coniugis, de morte, & in persona patris de emancipatione explicare. Et ita communissime *d. l. 25. Dd. Odofredus, Cyn. Gloss. Bart. Bald. Salicet.* & alii acceperunt, ut inde probarent, quod donatio patris morte confirmetur, idq; tanquam receptum tradit *Clar. quæst. 8.* Sed illud hic quæritur an noviter hoc introduxerit Justin. quod putavit *Azo in summa Cod. hic,* an idem ante Justin. & jure D. obtinuerit: quod communius receptum est, & traditur *à Cyn. & Salicet. in d. l. 25. & in l. 2. C. de inoffi. donat.* quos sequitur Tr. hic, sed male citat *d. l. 2. & l. 18. C. famil. ercisc.* qui textus recte à Dd. tanquam contradicentes constitutioni Justin. *in d. l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* adducuntur: quoniam siquidem opus est officio arbitri ad confirmandam donationem, *iuxta d. l. 2. & 18.* utique eam morte sola confirmatam non esse consequitur: & ex adverso si ita confirmatur morte patris, ut etiam ad tempus donationis factæ retrotrahatur, *iuxta d. l. 25.* non veniet in judicium famil. ercis. ut citatis locis tradunt Dd. qui post Odofred. & Gloss. *ad d. l. 25.* in ea solutione acquiescunt communiter, quod donatio retrotrahatur non

ſimpliciter ſed ſecundum quid, videlicet non quoad dominium, quod interim manſerit penes patrem, ſed quoad partus & fructus, qui interim percepti lucro filii cedant. Sed fortaſſis tentari poſſit, illud de retrotractione ei tantum fini conſtituiſſe Juſtin. ut inducere poſſet neceſſitatem inſinuandi, & doationis nullitatem in ſumma excedente quingentos ſolidos: quoniam inſinuatione ea quæ revera morte confirmantur, veluti legata & fideicommiſſa opus non habent: ſed & alius effectus huius retrotractionis, ut donatio valeat jure contractus & traditionis inter vivos, etiamſi forte hæres inſtitutus repudiaverit hereditatem, vel teſtamentum ſit nullum: quod & *Gomez. notat lib. 2. var. reſolut. c. 4. n. 23* Et ſecundum hanc explicationem tentari etiam poteſt nihil *per d. l. 25.* mutatum eſſe ex jure veteri, ſed hodie quoque hactenus confirmatas videri per mortem, quatenus arbiter ſecundum voluntatem patris, quod filio donatum voluit, præcipuum adjudicat. Neque hac in re eius novum ſtatuere, ſed tantum referre videtur. Juſtin. ita firmas eſſe per ſilentium donatoris, &c. & illud limitare, ut ſi exceſſerit donatio quingentos ſolidos, in eo quod excedit, ab arbitro fam. erciſc. confirmari non poſſit: quomodo ita *Paulus 5. ſentent. 11. §. 3.* morte patris confirmari donationes eo reſpectu dicit, quod officium arbitri tantum præſtat, quantum expreſſa confirmatio patris. Unde explicandum eſt quod *in l. 1. in pr. pro donato* ubi de caſu mortui patris agitur, nihilominus donationem nullam eſſe reſpondetur: ſicut & ad hanc rationem & ſecundum quid accipienda eſt comparatio donationis inter patrem & filium & inter conjuges, quæ confirmatione arbitri non indiget, quoniam ex reſcripto Severi & Antonini confirmatur *l. cum hic ſtatus 32. in pr. de donat. int. vir. & uxor.* quod autem attinet *ad l. 13. C. de collat.* ex qua nec præcipuam donationem, filium habere, probari videtur, videnda ſunt notata ſup. *diſp. 17. th. 5.* de collatione ſimplicis donationis. Cæterum quicunq; donationem patris ſimpliciter morte confirmari & revera ad tempus donationis retrotrahi exiſtimat, ille idem iure veteri obtinuiſſe affirmare non poteſt.

Adde quod & ab initio valet.] Hactenus caſus aliquot tractavit Tr. quibus donatio patris invalida confirmetur: ſequitur caſus ſingularis, quo ea etiam ab initio valet, (ſub quem tamen etiam ille quo ab initio juramentum acceſſit, ex ſententia Tr. fuerit referēdus)

dus) si collata sit in filium propter bene merita in patrem collata. Et Odofred. tamen *in l. 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* putat hanc quoq; donationem morte patris demum confirmari: sed communius contra sentiunt *Dd. in d. l. 25. & in l. 2. C. de inoff. donat.* quos refert & sequitur *Clar. in §. donatio. quæst.* 8. ita tamen ut velint proportionem esse inter merita filii & donationem patris, & amplius probationem desiderent meritorum. Cui initio obstare videtur, quod ex sententia Philosophorum ea sunt patris in filium beneficia & merita, ut iis par nulla gratia à filio referri, & nullis ea beneficiis filii exæquari aut superari possint: ita ut cum filius quicquid etiam faciat, faciat ex debito, nullum etiam patri beneficium aut meritum imputare possit. Plurima hic cumulari possint, sed sufficiat Aristotelis & Platonis autoritas. Ille 8. Ethic. 11. maxima principum beneficia à paternis superari scribit quod pater causa sit τοῦ εἶναι, καὶ τροφῆς καὶ παιδείας, & eod. lib. cap. 12. quod parentes maxima beneficia in liberos contulerint, subiecta hac ratione, τὸ γὰρ εἶναι καὶ τραφῆναι αἴτιοι, καὶ γενομένοις τοῦ παιδευθῆναι, & eodem lib. cap. ultim. in fin. οὐδεὶς τὴν ἀξίαν ποτ᾽ ἂν ἀποδοίη, parentibus scil. & Diis. Et Plato lib. 4. d. LL. pag. editionis Serrani 717. filium ait, ita statuere debere, ἃ κέκτηται, καὶ ἔχει, πάντα εἶναι τῶν γεννησάντων καὶ θρεψαμένων, πρὸς τὸ παρέχειν αὐτὰ εἰς ὑπηρεσίαν ἐκείνοις καὶ δύναμιν πᾶσαν, ἀρχόμενον ἀπὸ τῆς οὐσίας, δεύτερα τὰ τοῦ σώματος, τρίτα τὰ τῆς ψυχῆς, &c. in quam rem etiam v. quæ scribit *Bodin. 1. de republ. 4.* Sed responderi potest, æstimari hic meritum ex iudicio patris, qui quod consideratione iam dicta pro debito haberi potest, pro beneficio ducit: quomodo etiam Lege Dei iubemus proximum diligere sicut nosmetipsos, & tamen quæ proximo præstamus, revera merita & beneficia sunt. Deinde responderi potest ex Seneca, qui 3. de benef. cap. 29. & seqq. usque ad finem libri, quo lectorem remissum cupio, prolixe & eleganter ostendit, patrem à filio beneficiis etiam superari posse. Sed fortius sententiam Dd. oppugnat, paulo ante propositum argumentum, quod propter conditionem filii fam. qui omnia acquirit patri, non possit subsistere donatio, quæ conditio & qualitas per bene merita filii non tollitur, adeoq; durante impedimento, etiam durabit donationis nullitas.

Valet ab [illegible] Patri ob bene merita.

Dupliciter huic objectioni occurrunt, an fraudem potius faciunt Doctores, 1. quod filius ratione meritorum censeatur extraneus: & hinc 2. quod donatum à patre filio ob bene merita sapiat naturam peculii adventitii, cuius jure novo capax omnino est filiusfa. ita post Dd. *Gail.2.obs.38.num.5.* ex quo *Ias.in l.filiæ 4.C.de collat.* dotem à patre filiæ ob bene merita datam, adventitiæ dotis jure censeri defendit. Sed mihi utrumque suspectũ, & inepta est, quæ à quibusdam affertur ratio, quod pater ob benemerita illa ab extraneo in se collata ad remunerandum fuisset obligatus. Etenim utcunque patrem hic filio naturaliter obligari concedam, non tamen propterea donatio ex ratione juris nostri subsistere potest: & alias filium & patrem invicem ex contractu obligari inferre liceret, quia cuivis extraneo & pater & filius per contractum firmiter obligantur. Et illa metamorphosis patris aut filii in extraneum, aut profectitiorum in adventitia, nec apice ullo juris probari potest. Necessum plane sit admissa Dd. sententia poni, patrem ipsum donantem merita expressisse: cæteroquin si simpliciter donaverit, filium revocationi, quæ patri permissa est, allegando & quasi exprobrando merita, contradicere posse, perquam meo judicio fuerit absurdum.

Sed hic aliquanto latius videndum est de donatione ob bene merita: quam Dd. communiter inter improprias referunt, etiamsi merita eius generis sint, ut nullum jus agendi, sed naturalem tantum obligationem producant: quam opinionem communem esse testatur *Pinell.in l.1.C.de bon. matern.part.3.nu.6. Clar.in §.donatio quæst.3.* eamque confirmant *Tiraquell in l.si unquam C.de revocand. donat.verbis, donatione largitus num.11.& 16. late Ias.in l.ex hoc iure de iust.& iur.& in l.si non sortem §.libertus. de condict.indeb.* Sed ab ea opinione cum aliquibus discedit *Pinell.d.loc.n.60.* & non quævis merita præcedentia donationem impropriam facere statuit, cuius opinio confirmatur 1. ex *l. donari 25. h. t.* juncta *l. donari 82. de reg. iur.* ubi donari dicitur quod conceditur nullo jure cogente, neq; enim jus ibi naturale simplex intelligere posses: & ita *gl. in d.l.82.* distinguit inter obligationem ex conventione & ex nudo beneficio orientem: eodemque pertinet distinctio tradita supra *disp. 10. th. 5. lit. A.* inter obligationem naturalem quæ ex conventione, & quæ ex nuda honestate descendit. 2. quod ipse Treut. supra *part. 1. disp.*

disp. 22. th. 9. lit. A. defendit obligationem ad antidora non parere retentionem soluti, quam tamen parit obligatio naturalis. 3. quod ut tractatum *d. th. 9.* obligatio ex meritis nudis & beneficio descendens, incertissimæ est æstimationis: quoniam non tam ex quantitate quam ex animo & affectu, indigentia alterius, facilitate & promptitudine donantis beneficia æstimantur, ut passim disputat *Senec. in tract. de benefic.* ut proinde exacta & accurata compensatio meritorum, quam tamen omnimodo requirunt Dd. inini non posse videatur. 4. quod in universum donationes non facile sine ulla causa, sed ob merita fieri solent, quod eleganter probatur *ex l. 9. pro socio* & alias qui donat perdere dicitur. 5. quod patronus qui inæstimabile libertatis beneficium contulit in libertum, ius tamen patronatus propter ingratitudinem perdit *l. eum* 10. *cum l. seq. de iur. patronatus.* & facit quod *in l. si vero* 12. *§. inde Papin.* 8. *mandati,* donatio ob merita simpliciter donatio appellatur. Sed obiicitur 1. *l. Aquilius* 27. *h. t.* Resp. quod ibi fuerint merita propter quę competat ius agendi extra ordinem *l. 1. in prin. de extraord. cognit.* recte tamen donatio appellatur, quoniam Rhetores, Grammatici & alii id genus, licet extra ordinem agere possint, pudore tamen ducti non agunt, sed arbitrio discipulorum id permittere solent. 2. obiicitur *l. si pater pen. h. t.* Respondetur, vel quod iuxta *l. 9. §. sed licet, quod metus caus.* locus ille possit accipi de casu quo conventio præcessit: vel potius quoniam hoc literæ non convenit, distinguendum esse inter merita, an sint simplicia, v. c. si quis suffragio suo aliquem ad honorem & dignitates promoverit, an vero insigniorem aliquam operam aut impensam etiam in se continuerint: quæ etiam responsio dari potest *ad d. l. 27. h. t.* 3. obiicitur *l. 25. §. consuluit de petit. heredit.* Resp. non ibi negari, quod donatio ob bene merita sit vera donatio, sed quia bonæfidei possessori non imputatur si quid donaverit, neq; hoc restituere tenetur, ideo etiam quod remunerandi causa accepit, in restitutionem venire debere, cum sufficiat hactenus consuli possessori, ut sit indemnis: & hoc respectu *d. §. consuluit* permutationis quædam species remuneratio dicitur. 4. obiicitur *l. idemque 10. §. ult. mandati.* Resp. nec ibi negari veram esse donationem, & ideo fideiussori actionem dari, quod iniquum sit effectum beneficii ad debitorem præter mentem creditoris donantis transferri. Nihil plane obstat

l.quod autem 7.§ si vir. 2. de donat. int. vir. & ux. ubi est donatio reciproca, quæ ideo inter coniuges valet, quod alter non fit pauperior.

Atque ex his sequentes propositiones, quæ communius à Dd. probantur, dubiæ efficiuntur. 1. donationem ob bene merita non indigere insinuatione. 2. non posse revocari propter ingratitudinem. 3. valere inter patrem & filium. 4. valere inter coniuges. 5. Eum qui donavit propter bene merita de evictione teneri. 6. posse conveniri ultra quam facere potest. 7. Donationem quam filius emancipationis causa in patrem contulit, non opus habere insinuatione. 8. Minorem ob bene merita sine decreto etiam immobilia donare posse. 9. Obligationem ad antidora impedire soluti condictionem: de quibus & aliis plenius agit *Pinell. in d. l. 1. part. 3. C. de bon. matern. nu. 62. 63. 64.* neque possunt istæ propositiones nisi sub duplici limitatione defendi, 1. si sint merita propter quæ competat jus agendi, 2. si sint merita singularia & specialia, in quibus insignior aliqua opera aut impensa versetur, ut locus fiat rationi JCti *in l. pen. §. 1. h. t.* non tam donationem, quam mercedem eximii laboris esse.

THESIS IV.

LIT. A.

Donatio inter coniuges.] Certum est, donationem hanc jure nostro prohibitam esse, cuius rei rationes non tamen usque adeo prægnantes referuntur *in l. 1. & 2. h. tit.* potior hæc videtur, quæ sumitur à blanditiis coniugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, divortii etiam quærere possit. Sunt autem multæ exceptiones & multi casus, quibus ista donatio valet, qui passim sub hoc tit. referuntur, & inter eos principalis hic propositus à Treut. si donans non fiat pauperior, &, quod addendum est, nec donatarius locupletior: nam alias utcunque alter fiat pauperior, modo alter non fiat locupletior, donatio valet *l. si sponsus. 5. §. concessa 8. hoc tit.* Inde autem infert Treut. donationem valere, si coniunx donandi animo juris sui faciat remissionem. Quod acceptum in genere proculdubio falsum est: quid enim si coniunx sibi ex mutuo, testamento, vel stipulatu quæsitam actionem, quæ utique ius est,

per

per donationem remittat: hic ſane locupletior alter & donans pauperior efficitur: & vulgatum eſt, eum qui habet actionem ad rem, ipſam rem videri habere: & alias facile fraus poſſet fieri legi quæ prohibet donationem. Et ergo iſta Treutler. propoſitio reſtringenda eſt ad ius nondum radicatum, & ubi coniunx occaſione quærendi in favorem alterius non utitur: veluti, ſi coniunx hereditatem vel legatum ſibi relictum, ei fini ut ad coniugem perveniat, repudiet, *l.5.§.ſi maritus* 13.*cum §.ſeq.h.tit.* notant, *Mozz. hic cap. de perſonis.num.*43.*Gomez.*2.*var.reſolut.* 4. *numer.* 23. vel etiam alium ſibi legaturum, ut coniugi leget, roget, *l.*31.§.7.*d.t.* cui tamen obſtare videtur *l.*3.*§.fin. eod.* ubi ſi maritus cui alius donare volebat, eum uxori ſuæ donare juſſit, valere donatio negatur. Sed reſpondetur vel quod ſit ſpeciale, cum ibi res ſtatim tradatur, quod ſecus eſt in illis caſibus, vel quod per fictionem brevis manus maritus uxori donaſſe, & debitorem ſuum ei delegaſſe videatur: vel ut Gomeſ. cit. loc. illis caſibus licet maritus renuntiaverit, tamen uxor non recipit ab eo, ſed jure proprio, & ex propria perſona & iuris diſpoſitione, videlicet tanquam ex teſtamento vocata: *ſed in d.l.*3.*§.fin.* uxor non ex alia diſpoſitione, ſed quaſi ipſius mariti donatum accipere intelligitur: quamvis re vera maritus in ſpecie *d.§.fin.* non repudiare donationem videtur, ſed potius eam recipit, & uxori præſenti fieri iubet, proinde quaſi ab ipſo marito in uxorem profecta intelligatur, & ita in ſimili ſpecie *in l.*2.§.2.*h.t.* dicitur hoc modo inter omnes perſonas perfecta donatio; & facit quod *in d.l.*3.*§.pen.* itidem de fictione brevis manus tractat JCtus, & inde tanquam conſectarium reſponſum §.*ult.* deducit. Quod autem hic ſubiicit Tr. idem eſſe iure Sax. non pertinet ad proximius de renuntiatione juris, de qua nihil apud *Zobel.part.*2.*diff.*20. ſed ad remotius, quod non valeat donatio inter coniuges, & hæc inter vivos, ſecus in ultima voluntate, de quo *Zobel.d.part.*2.*diff.*20. *&* 22. *Fachſius diff.* 7. *Moller. & Berlich.ad conſtit.*15. *Auguſti part.*2.

LIT. B.

Impropria non item.] Hanc ſpeciem donationis inter coniuges permiſſam docet Tr. idque exemplo illuſtrat duplici 1. donationis mortis cauſa, videlicet ſub qualitate ſua, ut poſſit revocari: qua de cauſa eam prohibere neceſſum non fuit, ſed donationem propriã,

quæ

quæ natura sua irrevocabilis est, & circa quam hoc tantum constitutum est, ut donanti coniugi liceat eam revocare, quominus autem coniunx eam valere & confirmari patiatur, prohibitum non est. Et hoc quod donatio mortis causa inter conjuges valeat satis expresse traditum est *in l. si cum. 9. §. ult. cum l. 10. & 11. de donat. int. vir. & uxor.* & probatur *ex l. ubi ita d. mort. caus. donat.* ubi JCtus cum respondisset, donationem eam esse inter vivos, non mortis causa, inde infert, quod non valeat inter coniuges: ut proinde mirari liceat aliud statui non tantum à *Clar. in §. donatio. quæst. 9. & à Motzio hic cap. de personis n. 31.* sed etiam à doctissimo viro *Covarr. de test. in tertia parte rubric. nu. 2. & 3.* ubi insuper hanc communem esse testatur & receptam sententiam *gl. in l. 1. §. Celsus 9. de dot. præleg.* (alias est *l. 2. in prin.*) cum qua gl. adducit textum *in l. mortis. 53. de donat. int. vir. & uxor.* ex quo tamen tantum abest ut ista opinio confirmetur, ut vel manifesto oppugnetur: quia doationem mortis causa à socero in generum vel nurum collatam ideo valere negatur, quod mortuo socero nuptiæ non solvantur: quæ ratio ex adverso donationem mortis causa inter coniuges utilem & validam efficit, ut expressum *est in l. 10. de donat. int. vir. & uxor.* Ubi hæc ratio redditur, quod in hoc tempus excurrat donationis eventus, quo vir & uxor esse desinunt: qua ead. ratione responsum est divortii vel exilii causa factam donationem valere *l. sed interim 11. §. fin. l. vitricus 60. D. eod.* Et proinde verissima est sententia Francisci Ripæ à Covarr. d. loc. male improbata quam propter cessantem prohibitionis rationem non dubitarim obtinere, utcunq res donatario tradita non sit, quomodo sententiam Dd. aut explicat aut limitat Covarr. d. loc. ubi si traditio accesserit, eam morte confirmari concedit. Verum ita contra *d. l. 9. §. ult.* nihil speciale erit in donatione mortis causa, quoniam & donatio propria nisi traditione perfecta fuerit, ex communi sententia morte non confirmatur, de quo agemus infra h. th. lit. E.

Non etiam interdicitur.] Alterum hoc exemplum est donationis impropriæ inter coniuges admissæ, si sit remuneratoria: quod iuxta notata th. præced. in f. accipiendum est de meritis operæ cuiusdam insignioris, impensæve, vel iis quæ pariant ius agendi. Et Tr. ipse hoc limitare videtur, dum ait, remuneratoria & reciproca, &c. quæ duo alias male confunduntur, quoniam dona-

donatio reciproca proprie dicta, cum in se habeat permutationem & compensationem quandam, simpliciter inter coniuges permissa est *l. quod autem. 7. §. si vir. 2. de donat. int. vir. & uxor.* Proponit autem Tr. speciem singularem reciprocæ donationis, ut alterius coniugis sine liberis prædefuncti bona ad superstitem perveniant: quæ species in textibus à Treut. citatis non tractatur, quoniam *in l. 12. C. de inoff. test.* proponitur fideicommissum mutuum à patre relictum, *& in l. 7. §. 2. h. t.* res utrinque actualiter & eiusdem quantitatis translatæ fuerunt: sed in specie Tr. nec æqualis nec actualis nec mutua, nec revera reciproca est donatio: quia in unum tantum, licet incertum, in quem, res transfertur. Interest autem an conventio ista defendatur jure donationis, inter vivos, ut loquuntur, an ultimæ voluntatis, prius non obscure proponit Tr. qui istam tanquam diversam speciem donationis impropriæ, à donatione mortis causa, de qua initio huius lit. tractat, proponit: idque etiam convenit sententiæ citatorum *Mynſ. 2. obſ. 33. & Gail. 2. obſ. 126.* qui jure pacti istam donationem defendunt. Effectus istius rei principalis est, ut donatio omnimodo valeat, nec ab alterutro revocari possit: quod licet communiter probari, *& à Iasone in l. si pater 12. C. de inoff. testam.* confirmari videam, mihi tamen rationi juris convenire non videtur, (quippe per quod facilime fraus legi fieret) maxime si cum Tr. omnia bona donata (alias enim frustra excepisset casum superstitum liberorum) proponas, & amplius cum Dd. & Tr. eiusmodi donationem nec insinuatione opus habere statuas: cum etiam hæc res quodammodo incidit in speciem pacti successorii (de quo pluribus th. seq.) ad quod defendendum inepta est ratio *Mynſ. 2. obſ. 33. & Gail. 2. obſ. 126.* quod sit pactum reciprocum nec in alterius adeo præiudicium tendens. Etenim ut iam nihil dicam, quod hoc modo votum captandæ mortis induci, & facultas testandi tolli vulgo traditur, constat simpliciter, non attento aliquo præiudicio, pacta successoria, ut maxime reciproca sint, iure civili nulla esse, adeo ut ex communi sententia (de qua actum *sup. part. 1. disp. 6. th. 8.*) nec juramento nec statuto nec consuetudine pacta affirmativa sustineri possint. Neque sub eam speciem reciprocæ donationis, quæ iure probatur iuxta *l. 7. §. 2. h. t.* ista donatio referri potest: quia ut paulo dictũ nihil utrumq; aut actualiter aut æqualiter, nec in utrumq;, sed in alterutrum tantum effectu

& eventu considerato confertur: neque quod incertum est, ad utrum res sit perventura, ad confirmandam hanc donationem sufficere potest, (licet aliquando sed in diversis terminis incertitudo attendatur, ut in specie *d.l.12.C.de inoff.test.* quæ tamen ex communi sententia hodie sublata est, ut ibid. testatur Jas.) quia versamur hic in terminis actus prohibiti, donationis inter coniuges, neque præter casus exceptos alios nobis confingere licet: & facit hic, quod communiter Dd. donationem traditione non perfectam morte confirmari negant, de quo dicemus infra hac thes. lit. E. Et ergo verius est hanc donationem jure donationis irrevocabilis non valere, sed ab alterutro revocari posse: valere autem admittam, tanquam revocabilem mortis causa donationem, per quam etiam universitatem bonorum in casum mortis transferri posse receptum est, post *l. ultim. Cod. de donat. caus. mort.* idque admittam, modo adsint solennitates *dict. l. ultim.* etiamsi liberi superstites sint: quoniam donatarius non efficitur heres, sed bona sibi donata petit ab herede qui querela inofficiosæ donationis, aliisque juris remediis portionem suam consequi & deducere potest: ideoque non video quid in mentem venerit illis, qui donationem mortis omnium bonorum ex eo valere nolunt, ne liberis forte præjudicium inferatur: qui eadem ratione jus testandi coniugibus negare possent.

Huc pertinet.] Ait huc pertinere observationem juris Saxo. de gerada debita filiab. vel proximioribus fœminis cognatis: etenim errare videtur, dum proponit deberi fœminæ agnatæ, per tradita à *Modestin. Pistor. part. 1. quæst. 14.* cæteroquin hæc tractatio quod huc non pertineat, ultro manifestissimum est, & satis alias ea perspicua quæ hic proponit Treutler. ex constit. Elector. Augusti, & iis qui ad eas scripserunt commentarios.

Illud autem ad ius nostrum pertinet, quod in f. huius lit. quærit Tr. an donatio à marito ignobili vel sene, in uxorem nobilem aut juvenem collata subsistat: & respondet non valere si constante matrimonio doteq; constituta sit. Quæ responsio insubtilis videtur, quoniam hoc ipsum quæritur, an valeat cõstante matrimonio, & inter jam coniuges & antea validam esse donationem non dubitatur. Illa autem duo constante matrimonio doteq; constituta aut

ta aut accipiuntur disiunctim, & Falsa efficitur sentētia, post dotem constitutam non valere donationem: siquidem ante contractum matrimonium dos constitui potest: aut accipiuntur conjunctim, & verba illa, dote constituta, superflua sunt, quia satis est contractum matrimonium, sive nulla plane, sive longe post dos constituatur: & possit alias fraus fieri legi, siquidem datum à marito non pro donatione propter nuptias, sed pro pura & propria donatione habeatur. Cæterum vera est Treut. negativa sententia, quoniam potest quidem sponsus sive procus ignobilis vel senex donis provocare puellam, ut sibi nubat, sed matrimonio contracto militant omnes rationes prohibitivæ, & turpe est sine lege loqui, neque casus nobis novos introducere licet: & contractis nuptiis non amplius attenditur qualitas fœminæ, quæ nubendo maritum non tantum æqualem sibi, sed etiam superiorem fecit & agnovit. Male itaque hinc dissentiunt *Gomes. 2. resolut. 4. num. 23. vers. dubium tamen. Mozzius de donat. c. de personis num. 34. vers. sed quæro. Gail. lib. 2. observ. 40. inf.* quorum opinionem communem esse testatur *Clar. quæst. 9. num. 5.* subnixam falsa ratione, quod hæc donatio sit reciproca & remuneratoria: etenim talem reciprocationem & proportionem formæ aut generis ad pecuniam iura nostra non agnoscunt, sed tantum propter reciprocationem in quantitate donationem valere concedunt: & ibi magis occurrendum est, ubi gravius aut certius est periculum, veluti, ne senex vel ignobilis maritus à fœmina nobili vel puella vel blandiente vel exprobrante pecuniis emungatur & spolietur.

LIT. C.

Confirmatur illa iuramento.] Contrarium defendit Tr. supra *part. 1. disput. 21. lit. B.* ubi nec juramento nec jure Can. quidem donationem inter coniuges confirmari defendit: etenim ex jure Can. hæc quæstio decidenda est, quoniam jure civili iura nentum actibus ab eodem jure prohibitis & annullatis robur addere non potest. Existimo autem sententiam Tr. hoc loco propositam esse veriorem, cui ipse dicta disputatione 21. aliquot textus juris Can. obiicit *& 1. cap. ult. de donat. int. vir. & uxor.* Resp. ibi loqui pontificem & respondere secundum jus civile in terminis donationis simpliciter factæ non iuramento confirmatæ. *2. capit. 12. inf. de fur. comp.* Resp. rationem decidendi esse, quod iuramentum ibi præsti-

tum sit contra statuta Canonica, sed prohibitio donationis conjugalis mere est civilis: & vulgo traditur, quod ius Can. sequatur jus naturale & gentium, secundum quod donatio inter coniuges non est nulla, sicut & rationes prohibitionis *in l. 1. & 2. h.t.* non tam necessario quam probabiliter concludunt, & incommoda ibi proposita non per se sed ex accidenti consequuntur: ut proinde merito per iuramentum confirmari debeat donatio, quæ nec utilitatem publicam nec bonos mores naturæ vel gentium, nec pietatem nec proximum offendit. 3. obiicitur *cap. 21. de iureiur.* Resp. præterquam quod ibi extorsionis cuiusdam violentæ mentio fit, ipse pontifex juramentum ab Archiepiscopo de observando ordine judiciario præstitum, ita interpretatur, ut intelligatur præstitum, quoad casus dubios non notorios, qui ex institutis Canonicis summarie sunt decidendi: hic autem nec offenduntur instituta canonica, nec ulli interpretationi locus est. 4. obiicitur *cap. inter cætera 22. caus. 22. quæst. 4.* Resp. tum quod ibi juramentum metu extortum proponitur, tum quod est contra bonos mores naturæ & gentium, ut mater & frater de domo expellantur, nec alimenta iis præstentur: in quibus terminis iniquitatis militat ibi proposita regula, quod iuramentum non debeat esse vinculum iniquitatis, cuiusmodi iniquitas in donatione coniugum nulla est, quoniam quicquid iure naturæ iniquum est, id semper & ubique tale est Et constat actus aliquos in quibus major est iniquitatis & prohibitionis ratio, per iuramentum tamen iure Can. confirmari, quod exemplis ostendit *Gail. 2. obs. 39. & 40.* & illud insigne quod hereditati parentum iure naturæ & gent. debitæ per iuramentum efficaciter renunciatur *cap quamvis de pact. in 6.* quibus addenda sunt quæ supra *part. 1. d. disp. 21. th. 1. & 2.* in genere de confirmatione actuum invalidorum per iuramentum tractata fuerunt. v. plures in utramque partem citatas à *Mozz. de donat. cap. de personis n. 32.*

LIT. D. & E.

Morte donantis.] Hoc ut morte donantis confirmetur donatio, quod silentio confirmari appellat Justin. *in l. 25. C. h. t.* est ex oratione Severi & Antonini, quæ proponitur & explicatur *in l. cum hic status 32. h. t.* adeoque morte nondum sequuta manet donatio in sua invaliditate: ex quo necessario sequitur, quod in exegesi

egesi lit. C.D. tradit Tr. præmoriente donatario, quoniam tum confirmationi amplius locus non est, evanescere donationem, quod etiam traditur *in cap. ult. h. t.* Et hoc controversum non est, sed est quod sequitur lit. E. si coniunx rem non tradiderit, sed donanti caussa promissum sit, & ita per metonymiam appellata donatio in terminis conventionis substiterit, an & hæc morte promittentis cõfirmetur, & donatario contra donantis defuncti heredem promissi exactio detur. Hoc quidem affirmat Tr. sed Dd. communissime negant, neque potuerunt non negare, propter textum expressum *in l. Papinianus* 23. *h. t.* ubi donatio rerum, id est ubi ipsa res tradita & translata est, sicut & *in l. 3. §. sciendum* 10. *h. t.* opponitur promissioni, & ad hanc orationem Severi pertinere negatur, adeoque non posse ex ea stipulatione conveniri heredem mariti, licet hic non mutata voluntate decesserit. Pro qua sententia faciunt præter textum illum expressum *in d. l. 23.* verba orationis *in l. 32. §. 2.* durum esse ut eripiatur donatario, quod donavit defunctus ab eius herede: quamvis & verbo largius accepto eripi dici possit, quod iuxta defuncti voluntatem non præstatur. 2. facit quod iuxta tradita th. 1. donatio subsistens in terminis conventionis, re vera non tam donatio, quam de donando conventio est. 3. quod non videatur habuisse plenum animum donandi, qui substitit in terminis conventionis. 4. quia ut Bald. notat *in d. l. 23. h. t.* conventio donatoria prorsus nulla est, sed actus traditione firmatus, vel possessionis intuitu aliquid roboris habet, ut tanto facilius debeat confirmari. Sed in contrarium & pro sententia Tr. quam defendit *Ant. Fab. 2. coniect.* 8. hæc in medium afferuntur. 1. quod quæcunque donatio ex ratione iuris veteris & ante orationem Severi non valebat, per eam orationem sit confirmata, *ex l. cum hic 32. §. sive autem* 33. *h. t.* Atqui etiam promissionem donandi caussa factam non valuisse constat, & probatur *ex l. 3. §. sciendum* 10. *D. eod.* Ergo &c. 2. adducitur textus generalis *in d. l. 32. §. 1. h. tit.* inductum esse, non tantum ut res ipso iure fiat eius cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod non nisi de stipulatione donandi caussa interposita, accipi posse videtur. 3. fac. eodem *d. l. 32. d. §. 23. in prin. eod.* & 4. textus specialis de promissione annui *in l. 51. stipulata 33. in prin. eod. tit.* 5. textus *in l. 2. C. de dote caut. non num.* & denique textus in terminis *in N. 162. cap.* 1. Et sane res non caret dubitatione:

Sed videamus an pro communi Dd. opinione ad opinionis posterioris argumenta probabiliter aliquid respondeti possit. Et quod ad primum attinet, in propositione maiori est petitio principii: quoniam ante orationem Antonini etiam promissionem donandi causa factam inutilem fuisse constat, sed hoc ipsum quaeritur: an omnes & quomodocunque factae donationes per eam fuerint confirmatae: propositio autem quae ex *l. 23. §. sive autem 23.* ad minorem probandum adducitur, ad donationem traditione perfectam non absurde restringi potest, quae ipsa fit multis modis per traditionem actualem, per acceptilationem & quamvis remissionem per fictionem brevis manus ut *in l. 3. §. ultim. hoc tit.* quibus & aliis similibus modis donationem illam factam confirmari intelligimus. Ad alteram obiectionem difficilior responsio est, & vix dicere possis obligationem civilem eo respectu dici, quod & retentio & rei forte amissae persequutio datur, quoniam hoc operatur ipsum dominiũ, quod *in l 32. §. 1.* donatario acquiri dicitur, & hic casus ab obligatione civili distinguitur. Accur. *in d. §. 1.* tres ponit responsiones, vel ut ille locus excipiatur de promissione evictionis, vel de remissione per acceptilationem, vel de donatione & cessione actionum. Porro *in l. 32. §. sive autem 23. in princ.* expresse agitur de remissione in qua inest fictio brevis manus, tanquam res soluta & postea donationis causa reddita esset. Ad 4. tribus verbis respondet ibid. Bart. quod *d. l. 33.* sit accipienda & limitanda iuxta *l. 23. eod.* quod quidem accipitur vel ita ut confirmetur donatio quoad id, quod ante ex stipulatione praestitum fuit, & hic vix ratio dubitandi esse videtur: vel ita, ut quia iam maritus ex promissione annuum aliquoties praestiterat, & ita voluntatem suam satis declaraverat, propter rationem hanc specialem etiam heres in futurum praestare porro teneatur, quae sententia est *Conan. 8. comment. 10. num. 7.* quamvis non adeo etiam absurdum sit, si in promissione annua alimentorum exceptionem statuamus. Ad quintum argumentum *ex l. 2. Cod. de dot. caut.* idem *Bart. in l. 23. hoc tit.* tribus verbis respondet, esse ibi traditionem fictam, quae idem operetur quod vera, quoniam ibi maritus plus in dote donandi animo accepisse professus est, atque adeo hoc incrementum dotis, perinde ac si revera traditum fuisset, actione rei uxoriae ab heredibus mariti recte petetur. Quod denique attinet

tinet *ad Nov*. 162. *cap*. 1. ea contra sententiam Treutler. retorqueri potest, quoniam inde colligitur, ante Justin. secus fuisse, quod alias si ita iam olim ex oratione Severi obtinuisset, non potuisset iuxta *d. Nov*. opponi mulieri, eam quidem exceptionem & rei traditæ retentionem, sed non promissi exactionem habere. Ergo ex novissimo iure vera erit Treutler. sententia per d. Nov. 162. quam tamen nec Anton. Fab. allegat, & an in praxi & foro sub autoritate legis allegari possit ideo dubito, quod illa Novel. à Neotericis primum ex Græcis inserta & translata, in vulgatis editionibus desideratur. Et hæc fortassis probabilius dicuntur, quam ut cum Anton. Fab. *ex dict. l*. 23. particulam, *recte*, expungamus, eam imperito interpreti tribuamus, & Papinianum ab aliis JCtis dissensisse statuamus: cum præsertim ita non tollatur nodus, eo quod Tribonianus autoritate legislatoria hæc inseruit, quæ tanquam à se ipso profecta accipi vult Justin. ideoque textus generalius & obscurius loquentes, juxta textum expressum & specialem sunt limitandi.

THESIS V.

LIT. A.

Sequitur de rebus quæ donari possunt, videlicet & corporales & incorporales, à quibus tamen hac lit. A. excipit usumfructũ. Interest autem an quæratur de usufructu per donationem ab initio à domino pleno constituendo, & exceptio omnino falsa est, & certum quod ita per donationem usufructus à proprietate separari possit: an de usufructu iam constituto per donationem ab usufructuario in alium transferendo: & hic subdistinguendum est, quod aut quæritur de iure personali in usufructuario radicato, & hic exceptio vera est, quoniam hoc modo, ut novus fiat fructuarius sine consensu proprietarii, nec donatione nec quocunq; alio modo effici potest: aut de iure reali utendi fruendi, quod passim in iure nostro ususfructus appellatur, & exceptio falsa est, quoniam hactenus, ut alter scilicet fructuarius maneat, & ex persona ipsius usufructus finiatur, & donatione & aliis modis effici potest

An usufr. poss. donari.

test, ut explicatum supra *part. 1. disp. 10. lit. A. th. 10.* ubi contrarium huic loco videtur defendere Tr.

LIT. B.

Res debet esse propria.

Donantis propria.] Donatoris hæc obligatio est, ut ei non videatur satisfacere, nisi rem faciat accipientis *l. 9. §. ult. h. t.* quæ etiam promissoris *l. 75. §. ult. de Verb. obl.* & permutantis obligatio est *l. 1. §. 3. de rer. permut.* Quod si quis bona fide rem alienam pro sua donet, hactenus utique donatio valebit, ut conditio usucapiendi transferatur, *t. t. pro donato:* de quo an & quo effectu res aliena in contractũ deducatur, plenius & in genere actum est supra *disp. 7. th. 4. lit. C:* cæteroquin specialis in eo donatoris ratio est, quod re quam bona fide pro sua donavit, evicta, non tenetur nisi nominatim se obstrinxerit, de quo actum supra *disput. 2. th. 5. lit. D.* quoniam scilicet liberalitatem exercuit: quæ vera eius rei ratio est, minime vero illa quam reddit Tr. quod tantum res propria donetur: quoniam ubi res propria fuit frustra quæritur de evictione, nisi res fuerit ablata per iniuriam iudicis, quo casu actioni de evictione locum non esse constat: & alias contra expressa iura nec qui ex stipulatu aut ex causa permutationis rem alienam bona fide dedit, de evictione teneretur. Et hinc defendi potest, suo modo etiam rei alienæ donationem validam esse, quoniam alias titulum usucapioni non præstaret. Neque obstat quod *in d. l. 9. §. ult. h. t.* dicitur non videri donatum, nisi res fiat accipientis: vel quia hoc eo pertinet, ut donatio non valeat, si eo ipso tempore rem avocari posse constet: vel quia hoc agi oportet, ut res in donatarium transferatur, quod etiam fit, ubi res aliena bona fide donatur: vel denique quoniam hæc est illius obligationis conditio, ut transferatur dominium, quod ubi propter qualitatem rei quæ revera aliena est, fieri non potest, satis est interim conditionem usucapiendi transferri.

LIT. C.

Donatio omnium bonorum valet.

Et quidem bona omnia.] Distinguenda ante omnia hæc quæstio est vel potius verborum ambiguitas: quoniam bona omnia dupliciter donari dicuntur, 1. tanquam universitas & quasi per aversionem. 2. tanquam res singulæ, veluti si enumeratis speciebus

ciebus bonorum donatio fiat: quam olim enumerationem necessariam fuisse docemur ex fragmentis, quæ supersunt ex Codice Hermogeniano, in quo *sub tit. de donat. l.* 1. rescripserunt Impp. generaliter bonorum portionem donari non posse, sed singulas res nominari debere, quæ donatione transferuntur: *& in l. 2. eod. tit.* donationem rerum singularum nominatim factam capere effectum. Atq; ita accipiendum est quod *in l. 17. §. 1. quæ in fraudem credit.* & aliis id genus textibus de donatis omnibus bonis responsum legimus: idque speciatim in donatione receptum videtur: quoniam hereditatem per aversionem vendi potuisse constat: nisi hoc forte per exceptionis modum admissum dicamus: nam hypothecæ generalis specialis ratio est, quod ea nihil aliud tribuit, quam ut postea debitore non satisfaciente res aliquas singulares creditor persequatur. Verum ex constitutione *Iustin. in l. si quis argentum 35. §. sed et si* 4. *Cod. h. t.* apparet etiam per aversionem & universitatem omnia bona vel partem eorum donari posse: eoque constituto inprimis de effectu & executione eius donationis videndum est. Et quidem cum hic deficiat lex, quæ ultimas dispositiones confirmat ex ejusmodi donatione metonymice sumta, non poterit ante traditionem rerum singularum transire dominium: sed donator non nisi actione personali ad traditionem singularum rerum faciendam conveniri poterit, nulla donatario contra tertios possessores competente actione. Et constat igitur, *ex d. l. 35. § 4.* omnia bona posse donari, quam etiam opinionem jure communi Interpp. omnium consensu receptam esse testatur *Covarr. 3. var. resol. 12. nu. 4.*

Sequens quæstio est, quid hic sub appellatione bonorum contineatur: & Tr. respondet iura non contineri: quod præmittendum erat quæstioni tractatæ *in vers. unde decidi, &c.* an qui donavit omnia bona, jus quoddam alteri cedere possit. Quæ quæstio hoc præsupposito, quod jura donata non censeantur, omni ratione dubitandi caret, eoque ineptum est dubitare & quærere an hoc possit fieri in fraudem donatarii, cui iura illa donata non esse præsupponitur. Cæterum quod appellatione bonorum omnium iura non contineantur, minime est expeditum: & cum bona dupliciter usurpentur in iure, 1. pro hereditate prætoria, quo sensu etiam actiones passivæ ut loquuntur, onera & incommoda continentur *l. 3. de bon. possess.* qua etiam ratione bona vacantia dicuntur

l.eum qui.41.de iur.fisc.l.cum fisco.9.ad Syllan. 2. pro eo quod ſupereſt deducto ære alieno *l.ſubſignatum 39. de Verb. Sign. l. mulier. 72. de iur. dot.* utroque ſignificatu actiones alicui contra tertium competentes comprehenduntur: quod probatur *ex l.princeps 21.de V. S.* ex qua bonorum appellatione veniunt etiam obligationes & melius *l. bonorum 49. inf. D. eod.* ubi bonis annumeratur, quicquid eſt in actionibus & perſequutionibus: ex quo reſcriptum eſt, generali obligatione nomina contineri *l.nomen. 4. C. quæ res pignori obligari.* & reſponſum, eum qui actionem amiſit, de bonis diminuiſſe intelligi *l.1.§.quod ſi in lite.ſi quid in fraudem patroni*, & legato uſufructu omnium bonorum etiam Calendarium, id eſt, nomina & actiones cōtineri *l.uxori 37. de uſufr. legat.* cum tamen potius pro herede contra legatarium reſpondendum fuiſſet: facit *l.uſufructu 69. ad L. Falcid. & l. ult. de uſufruct. legat.* ubi bonorum uſufructu legato etiam quod in actionibus eſt computari dicitur: textus generalis *in l.ſi legatus 30. §. 1. ad SCt. Trebell.* ex qua appellatione meorum actiones comprehenduntur, quo etiam ſenſu verbum, *bonorum*, uſurpatur *in l. item 20. §. ait 7. inf. de petit. hered.* idque etiam in pœnalibus obtinere ut publicatis bonis, jura quoque & actiones publicata intelligantur, docet *l.ſi ademtis. Codic. de ſentent. paſſ.* quamvis eius rei propria ratio ſit, quod ita communi iure conſtitutum eſt, ut omnia omnino quæ fuerūt damnatorum publicentur. Sed ipſa ratio ſuadet, ut actiones quas quis habet, in bonis eius eſſe dicantur, quod etiam pro regula ſtatuit *Pinell. ad rubric. Cod. de bon. matern. part. 1. numer. 1.* & planum eſſe ait *Tiraquell. in l.ſi unquam Cod. de revocand. donat.* verbo, *bona. numer. 8. & 9.* ubi poſt *gloſſ. in l.21. de Verb. Sign.* plurimos in hanc ſententiam citat, in hac ipſa donationum materia, ut proinde exceptio hic ſtatui non poſſe videatur, quæ nec ullo textu juris comprobari poteſt, adeoq; regulæ ſit ſtandum. Et haud ſcio, annon Tr. aliud forte ſenſerit, aliud dixerit, quoniam ab ipſo ſubiecta ratio, cur iura non contineantur, quoniam conſtituant tertiam ſpeciem, ad quæſtionem iſtam nulla & inepta eſt, ſed ad illam pertinet, an donatione bonorum mobilium & immobilium, vel utrorumque contineantur iura & actiones: quod frequentius negari videtur, ex hac ratione, quod iura & actiones revera & proprie loquendo nec mobilia ſint nec immobilia, ſed tertiam ſpeciem bonorum conſtituant:

ant:ut pluribus docent,& quo respectu & quatenus nomina debitorum mobilia vel immobilia, aut horum potius iure censeantur, explicant *Pinell.ad d. rubric.Cod.de bon.matern.part.1.nu.24.& seqq. Tiraquell.de retract.tit.1.§.1.gl.7.num.1.& multis seqq.Covarr.de testam.cap.12.num.2.Negusant.depignor.part.2.membr.2.num.9.Gail.lib.2.observ.11.numer.9. Deciuspart.2.consil.237.incipit.divino implorato,&c. numer.1. Hottoman.3.observat.3.Modestin. Pistor.part.3.quaest.*124. & ibi latissime *Iacob.Schulteiss.in addit.*Et quamvis expressione bonorum mobilium & immobilium hoc actum videatur, ut omnia bona comprehenderentur, iuxta notata supra *disput.1.th.2.lit.D.* attamen in hac materia exorbitante & nimis præiudiciali, verba in strictissima significatione rectius accipiuntur: quamvis hęc aliquando voluntatis esse possit quæstio, veluti si is qui parum habet in bonis proprie mobilibus vel immobilibus, omnium bonorum suorum fecerit donationem. Et igitur statuendum est, quod verba, *mobilium, immobilium*, effectum habeant limitativum: sed ea donatione, qua quis omnia bona simpliciter se donare dixit, jura etiam & actiones contineri, à qua sententia neminem, nec illos ipsos, quos Treutler. pro se citat, dissentire, reperio. Neque obstat, quod aliquando bona à juribus separari & ista invicem separata & distinctim nominata legimus: veluti *in cap.1.vers.contra natos de schismatic. in 6.* ibi, *bonis & iuribus, clement.1.de iureiur.circa f.* ibi, *bona, iura.clement.pastoralis.vers.praehab.de sentent.& re iud.* ibi, *bonorum, iurium.clement.2.in princ.& vers.ut autem de relig. domib.* ibi, *bona, iura l.10,§.praeterea,22.quae in fraud. credit.* ubi res opponuntur obligationibus. Ad quæ & similia generalis est responsio, quod multa sæpe in textibus, præsertim in constitutionibus pontificum, non necessario, sed omnis dubitationis tollendæ gratia adijciuntur, & quod verbum, bonorum, aliquando strictissime accipitur: specialis autem *ad d. cap.*1. quod in præcedd. pontifex bonorum mobilium & immobilium sub quibus jura non contineri receptum est, fecerat mentionem: & ad reliqua tria capitula vel clementinas, quod ibi tractetur de privilegiis Ecclesiarum & regiæ dignitatis, ut proinde verbo generali, iurium, fuerit utendum: facit quod *in d. clement.*2. separatim etiam res nominantur.

Et igitur donatis omnibus bonis, sub quibus etiam nomina

& actiones comprehendi dicimus, tenebitur donator præstare, quod exegit, aut donatario cedere actiones, contra quam hoc loco Tr. qui jura contineri negat, existimat: quem tamen miror ita statuentem quærere, an donator possit exercere actiones directas, siquidem nullo modo actiones transferri existimat: ut vel hinc suspicari liceat, aut non intellexisse Tr. quid quæreret, aut inepte respondisse: siquidem quæstioni huic, an donatis omnibus bonis directas actiones exercere possit donator, locus non est, nisi donatione illa actiones etiam translatas præsupponamus: quoniam utcunque venditis vel alio modo translatis actionibus, directæ actiones, quas ossibus inhærere Dd. dicunt, manent penes venditorem, qui eas exercendi jus habet, usque dum emtor certis modis præverterit juxta *l. 3. C. de novation.* Et nimirum, ut hoc obiter addamus, ita ex ratione juris nostri obtinet, ut v. c. simpliciter venditis actionibus, non nisi personalis actio, ut venditor cedat & mandet actiones, competat emtori: quas actiones si vel ultro vel judicialiter conventus cesserit vel mandaverit venditor, ex huius persona eas movendi jus emtor consequutus est: sed postea rescriptis Imperatorum etiam citra mandatum & cessionem utiles actiones ex persona sua emtor habet *l. emtor. 5. C. de hered. vel action. vendit. l. 1. in f. C. de O. & A.* ubi actio mandata intentari ideo non potest, quoniam qui mandaverat, jam decesserat, ut ex eius persona actio directa amplius moveri non posset. Ad hoc exemplum in terminis nostris dicemus, donatarium aut mandatis actionibus iisdemq; directis ex persona donantis, aut ex propria persona utilibus experiri posse, manentibus omnimode actionibus directis penes donatorem, quibus si experiri præuerterit, quicquid exegit, donatario agenti actione ex stipulatu vel ex pacto legitimo, restituere tenebitur: Et de hoc casu, quo scilicet omnia bona comprehensis etiam nominibus & juribus, donata fuerunt, agit citat. *Tessaurus decis.* 201. ubi tamen ineptam adducit rationem, quod donatione mobilium & immobilium non contineantur actiones, & ita rem confundit, & quid sentiat incertum facit, dum præsertim in fine requirere videtur, ut nominatim mẽtio fiat ju. ium & actionum: nisi quis hoc restringat ad donationem bonorum mobilium, & immobilium, vel ad eum quem ibid. tractat casum, quo juramentum accessit: quanquam hoc non obstante, exercitium actionum

num directarum penes donatorem manere non dubitaverim. Cætera quoq; ibid. apud Tessaur. & illud perspicue falsum, quod pro ratione dubitandi adducit, per cessionem ex causa donationis etiam directas actiones transferri: quoniam & hic sicut aliis modis non aliter transeunt, nisi ut moveantur nomine cedentis, in cuius persona principaliter manent: sicut & in eo ibid. labitur Tessaur. quod donationem & ex causa donationis factam cessionem pro iisdem usurpat & confundit.

Lit. D.

Tam futura quam præsentia.] Ut rectius hæc intelligantur, plenius hoc tractandũ, & tres casus distinguẽdi sunt. 1. si donata sint omnia bona. 2. si sint donata omnia bona præsentia & futura. 3. si donata sint bona mobilia & immobilia, præsentia & futura. Primus casus duplici definitur ꝓpositione. 1. quod, ut iam probatũ, ea donatione etiam contineantur iura atque actiones, 2. quod ea tantum veniant bona præsentia non etiam futura: quod recte statuit *Tr. hac lit. vers. alia quæstio est.* subjecta hac ratione, quod donatio sit stricti iuris. Sed possit ea ratio non satis bona videri, quod alio sensu contractus bonæ fidei vel stricti iuris dicantur: cæteroquin in hypotheca generali etiam olim futura comprehensa fuissent, quod tamen introductum demum est à Justiniano *in l. ult. C. Quæ res pign. oblig.* sed & conventiones iurisgentium nudo consensu constantes, cuiusmodi vult esse donationem Tr. th. 1. magis bonæ fidei esse videntur. Sed plane iuxta veram opinionem, respectu causæ, & quod donatio dicitur fieri pacto aut stipulatione, non male stricti iuris conventionibus accensetur, prout & factum legimus *in l. 22. h. t.* Et cum eo nomine stipulatio stricti etiam iuris dicatur, quod in eam non veniat, nisi quod nominatim expressum fuit *l. quidquid 99. de V. O.* recte id etiam huc transferemus, ut verbum *bonorum*, accipiatur de præsentibus, quæ etiam tantum revera bona, futura autem eo tempore nondum existunt: cum etiam de istis tantum locutum esse donatorem probabile sit, nec ea interpretatio sumẽda, per quam & nimium donator gravetur, & in materia alias exorbitanti per quam universitas inter vivos transfertur, extensio inducatur: cum etiam non immerito impudens debeat videri donatarius, qui ad lucrum veniens, verba donationis latius quam

par est, extendere velit: facit denique, quod donator eiusmodi conventionem fecisse præsumi potest & debet, cui statim & actualiter satisfieri possit. Et hanc sententiam probat non citatus Covarr. qui 3. *variar. resolut.* 12. *numer.* 4. proponit L. regiam, iuxta quam nec præsentium bonorum omnium donatio valet, sed *Clar.* §. *donatio quæst.* 19. *numer.* 8. ubi omnes ita statuere refert, quod & testatur *Thessaur. decis.* 199. *in prin.* ubi idem *numer.* 8. obtinere probat, etiamsi donator usumfructū vel quid aliud sibi reservaverit: idque nimirum intelligit Treutl. in f. huius lit. D. per verba, *etiam reservatione facta.* Ratio autem dubitandi est, quoniam reservatio eo pertinere videtur, ut donator aliquid habeat de quo testari possit, futuris autem exemtis etiam citra reservationem aliquam supererit ipsi, de quo testetur. Sed respondetur non esse illum solum finem reservationis, sed ut aliquid ex præsentibus etiam bonis penes se retineat, cum etiam incertus sit, quid & quantum postea sit acquisiturus: & reservatio efficere non potest, ut verbum bonorum eo magis futura comprehendat: atque hæc de primo casu. Secundus casus est quando quis expresse donat bona omnia præsentia & futura. Et hic non tantum corpora & species, sed actiones etiam & nomina contineri dubio procul communissima Dd. est sententia, qui hanc donationem ideo defendunt esse nullam, quod per eam adimatur facultas testandi, quæ alias manentibus actionibus & iuribus penes donatorem, satis superque locum haberet: unde magis confirmatur, quod paulo ante cum Dd. defendimus, donatione omnium bonorum simpliciter facta, actiones quoque & nomina contineri: cui confirmando hoc quoque facit, quod pro arbitrio patrisf. per venditionē & alios modos, translatio & transmutatio corporum in nomina, & vice versa fieri potest. Est autem opinio illa, quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum nulla sit, apud interpretes & Dd. recepta, testantib. hoc *Clar. quæst.* 19. *Covar.* 3. *variar. resol.* 12. à qua nec dissentit male cit. *Gail.* 2. *obs.* 11. multo minus pessime cit. Decius, qui *cons.* 30. diserte cōmunem Dd. opinionē defendit: cui firmandæ hæc præcipua & fere sola adhibetur ratio, quod per hāc donationem testandi facultas adimatur: eoq; non dubitant tum valituram donationem, si donator aliquid exceperit & reservaverit. Cui rationi respondere conatur *Coras.* 6. *miscel.* 17. ubi simpliciter omnium bonorum donatio-

nationem valere ſtatuit: 1. quod dominium nihilominũs maneat penes donatorem, de quo diſponere poſſit. 2. quod intelligãtur excepta quæ veroſimiliter quis non præſumitur alienaturus vel obligaturus *arg. l. 6. de pign.* ut adeo ſemper aliquid exceptum ſit de quo liceat teſtari. 3. quod ea lege poſſint relinqui bona donatori, ut ne perveniant ad donatarium. 4. quod utcunq; quis nihil in bonis habeat, teſtari tamen poſſit, & habiturus ſit heredem forte ignorantẽ, cui præſertim cum beneficio inventarii adeunti nullum immineat damnum, cum ex Nov. 1. etiam Falcidia prohiberi poſſit. Ex quibus priores rationes duas in terminis tanquam rationes dubitandi producit *Decius d. conſ.* 3 c. ſed iiſdem non male reſpondet, & ad primã quod tale dominiũ non ſufficiat, quod ſtatim ſit præſtãdum & neceſſario, veluti de bonis ſubjectis reſtitutioni nemo teſtari poteſt. Ad ſecundum, tum quod illa valde ſint tenuia, tum quod hoc eſt accidentale, tum præcipue, quod ex communiori ſententia ſi obligatio generalis poſt mortem concepta ſit, iſta quoq; continentur, ut notatũ ſupra *diſp. 1. th. 2. lit. D.* & poterit itaq; donatarius illa poſt mortem conſequi, nec diſpoſitioni ultimę erit locus. Tertia reſpõſio nullius momenti eſt, quoniam hoc in incerto eventu poſitum eſt. Neq; melior quarta, quoniam inepta prorſus ſit futura diſpoſitio, qui *nihil* prorſus habet in bonis, cuius hereditatem nemo unquam ſit aditurus, cum etiam nõ niſi ridicule de inventario hic diſputari poſſit. Cæterum Juſt. qui prohiberi Falc. permiſit, ſimul etiã aliis ead. Nov. 1. facultatem adeundi conceſſit, & prohibita etiam Falc. aliquid lucri ſupereſſe poteſt. Rectius fortaſſis ad rationem illam Dd. reſponderi poſſit, quod regula iuris ita habeat, nemini auferri poſſe liberam teſtandi facultatem, hactenus ſcilicet, ut qui bona habet, quacunque conventione vel pacto, ut ne de iis diſponat, vel ut ne à diſpoſitione ſemel facta recedat, conſtringi nõ poſſit: cæterum non videri prohibitum aliquid tale facere, quo per conſequentiam neceſſariam efficiatur, non ut proprie loquendo libera facultas teſtandi tollatur, ſed ut prorſus teſtandi facultas nõ ſit: & nihil de quo teſtetur, ſuperſit: quod *Coraſ. dict. loc. & Vaud. 1. variar. quæſt.* 31. oſtendunt exemplo arrogationis: haud ſcio an ſatis recte, quod hic interveniat autoritas ſupremi principis: ſed exemplum præſtat noſtra hæc tractatio, quoniam quiſque iure dominii quod in rebus ſuis habet, alienando eas vel donando

effice-

R. alior.

R. Bach.

efficere poteſt, ne ſuperſit aliquid de quo teſtari poſſit: & nemo dixerit, homini extreme pauperi ademtam eſſe liberam teſtandi factionem. Quod ſi quis particulatim quotidie erogando bona ſua efficere poteſt ut ei morituro nihil ſit reliqui de quo diſponat, ut non offendatur regula illa iuris, nihil obſtare videtur, quo minus una largitione hoc efficiatur. Et facit, quod vel modico velut fundo vel etiam ſumma qualiquali reſervata donationem iſtam valere notant Dd. ut poſt eos ſcribit *Covarr. d. lib. 3. var. reſol. cap.* 12. Quod tamen alias eodem redire videatur, cum & exigua quantitate relicta vix quis habiturus ſit heredem: maxime cum ſecundum Dd. ſubſiſtat & firma ſit donatio, etiamſi donator illud quod ſibi reſervavit inter vivos alienaverit vel conſumpſerit, atque ita ex illorum ſententia ſibi hoc ipſo ademerit teſtamenti factionem. Facit & amplius, quod alias nec omnium bonorum præſentium donatio valitura eſſet, ſi contigerit donatorem nihil poſtea acquirere, & ſtatim aut paulo poſt donationem factam decedere. Facit denique, quod juxta *l.* 35. § 4. *C. h. t.* omnis donatio univerſitatis inſinuatione indiget & præſentia magiſtratus, cuius autoritate cognita cauſa confirmata donatio non debet retractari: neq; enim exiſtimo ad hoc tantum requiri eam præſentiam, ut donationem ſimpliciter probet & probare cogatur, ſed etiam ut an ea admittenda ſit nec ne, cognoſcat & decernat, quod alias eiuſmodi donatio prodiga videri poſſit. Illud plane non obſtat, quod ita fieri poſſit, ut donatori alimenta deſint: quoniam idem incommodum in donatione ſimplici omniũ bonorum occurrit: & donator beneficium competentiæ, quod vocant, habet, nec ulterius tenetur quam facere poteſt, ita ut ne egeat: ſed & egenti ei alimenta à donatario erunt præſtanda arg. *l.* 8. *de decur.*

Videatur itaque ſtatuendum, quod etiam futura bona donari poſſint: pro qua ſententia tamen non multum faciunt textus ad quos ſe refert Tr. quippe qui de donatione præſentium bonorum recte accipiuntur: & illa quoque ratio *ex l.* 9. *C. de Iudæis & l.* 21. *C. mandati.* quod quiſque rei ſuæ ſit arbiter, longius petita videtur: quod alias etiam pactum de ſuccedendo valere quis concluderet, & alia regula iuris traditur, intereſſe reipubl. ne quis re ſua abutatur: cum præſertim indefinita & generalis rei incertiſſimæ obligatio & promiſſio, rationi juris noſtri non convenire videtur,

cum

cum patum absit, quia ita per conventionem effectu ipso heres constituatur. Et facit, quod initio huius disquisitionis diximus, in donatione necessum fuisse nominatim exprimi res donatas: ut proinde constitutio Justin. *in l.35.§.4.h.t.* quæ universæ substantiæ admittit donationem, tanquam correctoria non sit extendenda. Neque obstat quod etiam res futuræ, puta fructus vel partus nascituri recte in obligationem deducuntur, ita ut obligatio ex re ipsa dilationem & quasi conditionem habeat *l.interdum.73.in pr.de V.O.* quoniam alia est rei singularis ratio, alia universitatis quæ in incerta prorsus quantitate & re consistit, cum donatori præter omnem spem opimę & amplissimę hereditates obtingere possint. Non obstat etiam *l.ult.C.quæ res pignori obligari:* quoniam hoc ipsum, ut etiam futura in hypotheca generali contineantur, est ex nova illa Justin. constitutione, quæ ad casus dissimiles non est trahenda, cum nihil aliud operetur hypotheca, quam ut creditor non universitatem ipsam, sed res singulares aliquas, ex quibus ipsi satisfiat, persequatur: ex quo iuxta *d.l.ult.* etiam in simplici omnium bonorum obligatione, futura, quorum tamen mentio facta non est continentur: unde 2. sequitur, non valere consequentiam, ut subsistat donatio futurorum bonorum expresse facta: quod & ante Justinianum expresse etiam futura bona poterant obligari *l.ult. Qui pot.in pign.l.28.de iur. fisci:* ob causam jam dictam, & quod soluto debito tota pignoris obligatio exspirabat.

Posita autem hac sententia quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat, quæritur an ea prorsus nulla sit: an detracta mentione futurorum bonorum præsentium donatio subsistat, & cum una donatio sit, totam nullam esse respondet *Decius part.1.cons.30.inf.* ubi plures allegat. Alia quæstio est, cum donatis omnibus bonis, procul dubio deduci oporteat æs alienum, si quis donaverit dimidiam partem bonorum, an etiam æs alienum pro parte sit imputandum: quod licet magis neget *Decius part.2.cons.237.* rectius tamen affirmandum videtur, quod scilicet non nisi eorum bonorum quæ deducto ære alieno supersunt donatio facta intelligitur: & absurdum videatur, appellatione bonorum donatorum æs alienum contineri: & hæc etiam de secundo casu. ← Jczlig ca.29.

Sequitur tertius, si donata sint omnia bona mobilia & im-

mobilia præsentia & futura. Et hic ut maxime præsupponamus donationem etiam bonorum futurorum valere, jura tamen & actiones non contineri respondebimus: siquidem verum est, quod paulo superius ex recepta Dd. sententia diximus, in donatione omnium bonorum non venire jura & actiones: siquidem adjectio futurorum non potest inducere extensionem ad ea, quæ alias sub mobilibus & immobilibus non comprehenduntur, sed illud verbum explicationem sumit à præcedentibus, quibus adjectum est: & quę significatio est verborum, mobilium, immobilium ubi de præsentibus bonis tractatur, eadem erit ubi de iisdem bonis, sed futuris agitur: neque puto eum erraturum, qui in dubio pro restringenda donatione responderit: & hanc sententiam communem esse, colligitur *ex Tessaur. decis.* 199. *&* 201. *Gail.* 2. *observ.* 11. *num.* 10. *Clar. in §. donatio. quæst.* 19. *num.* 4. Sed de his fortassis plus satis. Illi autem procul dubio inepti sunt, qui donationem omnium bonorum valere quidem sed testamento revocari posse existimant, quorum sententiam refert *Gothof. ad l.* 9. §. 3. *h. t.*

LIT. E.

Utrum Emphyteusis donari possit.

Emphyteusim tamen.] Tres circa hanc quæstionem de donatione emphyteusis sunt opiniones: una Tr. quæ simpliciter negat: altera quę donationem hactenus valere statuit, ut tamen dominus, quod in venditione statutum est, possit offerre pretium, quo donatarius contentus esse cogatur: tertia, ut omnino donatio valeat, saltem ut donatarius à domino in possessionem introducatur. Et duæ hæ posteriores opiniones veriores sunt, quam Tr. negativa, pro qua adeo inepte adducit Treutler. quod Dd. velint novum emphyteutam donatarium induci in possessionem: quoniam hæc omnino inter se diversa sunt, consensu opus esse ad validandam donationem, & ad apprehendendam possessionem: de quo plenius actum est *supra part.* 1. *disp.* 29. *th.* 13. *lit. E.*

Utrum Vasallus

Sicut vasallus feudum.] Vitiosa hæc est emphyteusis & feudi comparatio, quoniam res emphyteutica omnino res est alienabilis, & ex *l.* 3. *Cod. de iur. emphyt.* requiritur consensus domini, non ut vendere liceat sed ut ipsi potius, quam alii emędi potestas fiat, eoque hæc non tam est requisitio consensus domini, sed simplex certioratio, ut dominus intra duos menses aliis præferatur, quibus

bus elapsis etiam domino invitissimo emphyteusis, vendi potest, juxta notata *d. disputat.* 29. *thes.*13. ubi ipse Treutler. emphyteusin oppignorari posse concedit, quod utique in feudo secus est. Et ius illud de feudo non donando, etiam speciali textu probatur 2. *feudor. tit.* 9. eiusque rei hanc rationem subiicit Tr. quod feudum sit ususfructus, quæ ratio ita concludenda erit: ususfructus non potest donari: feudum est ususfructus: ergo non potest donari. Ubi primum vitium est in forma, & major particularis in prima figura: cęteroquin si maior fiat universalis, quod nullus ususfructus donari possit, respondebitur per eius inficiationem, quoniam feudum non est eiusmodi ususfructus, de quo agitur lib. 7. D. sed, ut loquutur huius sententiæ autores, ususfructus quidam: ut proinde ab illo ad hunc nulla sit consequentia, vel ideo, quod in feudo longe plus est, quam in simplici illo usufructu, qui ipse tamen, ut ostensum ad lit. A. hactenus donari potest, ut omne ius reale utendi fruendi transeat in donatarium quod propter electam industriam personæ, qualitatem servitiorum, & alias causas certo iure feudali vasallo est interdictum, licet alias ille habeat ius subinfeudandi, de quo non est hic agendi locus.

THESIS VI.

LIT. A. & B.

Solo autem consensu.] Quomodo hoc quod consensu perfici dicitur donatio, accipiendum sit, dictum est ad th. 1. quomodocunque autem accipiatur, verum est quod hic ait Tr. ad eius essentiam non requiri scripturam: quoniam hæc certa iuris nostri regula est, quod scriptura, quæ per se omni actui accidentalis est, extra casus nominatim expressos, ubi vel partes ita convenerunt, vel ius ita definiit, non ingrediatur essentiam actus, idque in terminis nostris traditur *in l. in extraneos. 29. Cod. h. tit. & ad l. donationes. 25. C. eod.* cuius argumento Gothof. ed. aliud ante Theodosium obtinuisse suspicatur, facilis responsio est, non ibi decidi, an donatio in scriptis fieri debeat nec ne, sed ubi ex conventione partium vel etiam alias uno petente probationis gratia & ad certiorem rei memoriam, scriptura desideratur, formam conficiendi instrumenti ibi proponi, quod *gl. Bart. Salic.* & alii ibid. notarunt, Scriptura Donationis actus non ingreditur.

LIT. C.

Si tamen donatio simplex.] Donatio simplex non uno modo sed varie accipi potest: nam donatio propter nuptias, prout hodie cõfirmata est, simplex dici non solet, & tamen ex constitutione Justin. *in l. sancimus. 34. in pr. C. h. t.* insinuanda est, licet id postea mutaverit ipse *in auth. ut sponsalitia largitas, &c.* N. 119. *in pr.* tum quia æqualitas dotis pro ea & propter eam offertur, tum quia non plenum sed aliquod saltem ius in ea mulier consequitur, ut dicemus th. 8.

Ambiguitas voc. solidi.

Quingentos solidos.] Solidi verbum ambiguum est, & in legibus priscis Saxonum significat minoris monetæ genus, & germanice appellatur Schilling / sed jure nostro aureæ monetæ speciem denotat, de cuius pondere & æstimatione videndi sunt *Budæus libr. 3. & 5. d. asse. Hottom. de re nummar. c. de nummis aureis & c. sequ. de legit. solidor. numer. pag. mihi. 323. & 341. Covarr. de collat. veter. numism. cap. 3. in pr. & §. 1. & §. 2. Alciat. 3. dispunct. 9. Gail. 2. obs. 39. in prin.* ex quibus duo hæc saltem obiter notanda, 1. quod solidi pondus & æstimatio non constans & perpetuo fuerit eadem, sed sæpe variaverit. 2. Solidum non dictum ex eo, quod sit ex auro puro & solido, sed quod esset nummus integer, atque ita oppositive ad semisses & tremisses, qui dimidiam & tertiam partem solidi conficiebant. Et hinc non simpliciter sed respective verum est quod initio lit. C. ait Tr. solidum idem esse quod aureum, quatenus scilicet generis nomen tribuitur speciei, aut aureus integer intelligitur: cæteroquin semisses quoque & tremisses aurei nummi fuerunt. Illud plane constat, in hac materia & alibi, observanda esse statuta & consuetudines locorum, quibus etiam in summa insinuanda plane à jure civili recedi vel augendo vel minuendo potest: quod factum constitutione Palatina qua sub tit. 14. de contractibus sancitum est, ut donatio ultra 300. florenos insinuetur, & omnis insuper immobilium donatio, quod posterius etiam jure Saxon. traditum, ut notatur supra *th. 3. lit. B. inf.* totum enim hoc mere est positivum, vel hoc argumento, quod olim summa insinuanda fuit 200. solidi, quæ postea ad trecentos, inde ad quingentos aucta & producta fuit, ut apparet *ex l. sancimus. 34. in prin. & ex l. si quis pro. 36. §. ult. C. h. t. §. alia. 2. vers. & cum retro. Inst. eod.* Recte autem excipit Tr. causam furti quinque solidorum, cui suspendium indixit Imp. Fridericus, ut sci-

ut ſcilicet ibi ſolidi præciſe de aureis Ungaricis explicentur, neque in materia odioſa & exorbitante alia æſtimatio ſolidi admittatur.

LIT. D.

Actis inſinuanda eſt.] A neceſſitate inſinuationis excipit Tr. donationem principis *l.34. in f pr. h. t.* quoniam ceſſat ratio inſinuationis, quam ex Dd. duplicem refert Schneidew. *ad §. alia 2. Inſtit. h. t. n. 8.* tum ut ex parte donatarii perſuaſionibus fraudibus: tum ex parte donatoris temerariis & effuſis largitionibus occurratur: & ut Ariſtot. tractat 4. Ethic. reges & principes quoniam opibus & divitiis abundant prodigi cenſeri non poſſunt. Unde videri poſſit non neceſſario hinc inferri ad caſum inverſum, quo privatus donat principi, quomodo tamen & quaſi à correlatis inferre videtur Juſtin. *in Nov. 52. c. 2.* ſed hæc fortaſſis rectior iſtius rei ratio ſit, quod Imperator ipſe ſummus magiſtratus cum ſit, eius maieſtate indignum videatur, alterius magiſtratus hic deſiderari autoritatem, cum etiam ceſſante in Imperatore omni fraudis & doli ſuſpicione, ſatis coram ipſo Imperatore inſinnata donatio intelligitur, quod præſertim Imperatorem quocunq; reſpectu alteri ſubmitti, & quaſi privati naturam ſubire abſurdum fuerit & indignum.

Hoc tamen ad principes.] Mihi contra Treut. verius videtur, quòd donatio etiam ab inferiori facta principe non indigeat inſinuatione: quoniam rationes inſinuationis paulo ante memoratę ceſſant: idque maxime obtinebit in iis principibus, qui non ſimpliciter ſed tantum ſecundum quid recognoſcunt ſuperiorem, cuiuſmodi ſunt principes Germaniæ, qui etiam regalia in territoriis ſuis & maieſtatis habent iura iuxta tradita ſupra *part. 1. diſp. 3. th. 6. & diſp. 23. th. 1. lit. C.*

Illa autem alia quæſtio eſt ad theſin revocata, de qua Bart. cit. & alii tractant an omnino magiſtratus etiam inferior non princeps, apud quem alias inſinuationes fieri ſolent, ultra quingentos ſolidos citra alterius magiſtratus autoritatem, quaſi coram ſeipſo donare poſſit. Et ratio dubitandi pro affirmativa ſententia hæc eſt, quod inſinuatio eſt actus voluntariæ juriſdictionis, ita ut recte fiat etiam apud magiſtratum eum qui donatario vel donatori alias ordinarius & competens non eſt *l. data 27. & l. in hac 30. C. h. t.*

Huiusmodi autem actus, etiam coram eo ipso quem contingunt recte expediri videntur, veluti ita consul apud seipsum manumittere *l. un. inf. de off. consul.* itemque apud seipsum emancipari & in adoptionem dari potest *l. si consul. 3. de adopt.* & ex hoc fundamento affirmantem sententiam probat *Bart. in d. l. si consul. n. 3.* & magis eo inclinat *Bald. in l. sancimus. 34. in prin. C. h. tit. num. 4. 5. & 6.* ubi etiam defendit, quod testamentum à magistratu tanquam coram seipso factum valeat, quod ex Bald. refert & sequitur *Iason in l. omnium. C. de testamen. inf.* & videtur magis probare *Schneidevv. in §. 2. Instit. de donat. num. 31.* Sed negativa sententia haud dubie verior est, quam probavit olim *Odofred. in dict. l. sancimus in f. princip. & Guiliel. de Cunio* relatus à Bart. d. loco. 1. quia specialiter exceptus est princeps, à quo inepta consequentia est ad magistratum inferiorem, 2. quod militant hic rationes insinuationis, ut proinde ab aliis actibus voluntariæ jurisdictionis non procedat consequentia, maxime si magistratui donari proponas, quem casum etiam tractat Schneid. d. loc. & quod specialiter in donatione majoris summæ indefinite statutum est, etiam obtinere debebit, usq; dum probetur exceptio: & in adoptione & emancipatione adest autoritas patriæ potestatis: & cum alias multis & variis modis manumissiones fiant, nihil obstare debuit, quominus consul servum proprium apud se manumittere possit: & in universum de cuius interesse & commodo quæritur, hic in eam rem idoneus autor & actus alicuius approbator esse non potest.

LIT. E.

Vt maxime in pias causas.] Sententiæ huic, quod donatio in pias causas vel in Ecclesiam collata ultra quingentos solidos opus habeat insinuatione, obiicitur 1. *l. si quis pro. 36. h. t.* ubi sub quantitate quacunq; facta donatio sine insinuatione valet. 2. quod privilegiũ auctum & productum in uno comparatorum, etiam videtur auctum in altero: atqui Ecclesia & privatus hac in re comparantur *l. sancimus. 34. in pr. h. §. C. h. t.* ut privato possit donari sine insinuatione usq; ad trecentos solidos, Ecclesiæ autem usque ad quingentos: & hoc igitur privilegium cum *in d. l. 36. §. ult.* in privato sit auctum usq; ad quingentos solidos, etiam videtur esse auctum in Ecclesia, & adeo proportionaliter, ut huic donari possit usque ad solidos septingentos, vel ut alii relati *à gl. in d. l. 34. & à Cyn. & Bald. in l. illud.*

19. *alias*

19.alias 17.*C. de SS. Eccl.* voluerunt, usque ad solidos octingentos, quoniam *in d.l. illud.* constituitur, ut privato usque ad ducentos, Ecclesiæ usq; ad quingentos solidos libere donare liceat: & alias contra præsumtam mentem Just. *in d.l. illud. & in d.l.*34.*C.h.t.* nullum esset Ecclesiæ privilegium, quoniã quod antea privilegium erat, post *l.*36.*§.ult.C.h.t.* factum est ius commune. Sed respondetur, & ad 1. quod speciale sit in causa redemtionis captivorum, de qua agitur *in d.l.*36. ut recte observavit *Castrensis in d. l. illud. C. de SS. Eccles.* Ad 2. quod procederet consequentia, si necessaria esset hac in re differentia inter privatos & Ecclesiam vel piam causam, quod contra est, quoniam pariter & etiam magis rationes introductæ insinuationis hic militant: idque hinc fortiter confirmatur, quod cum initio *ex d.l. illud*, Ecclesia privilegium ultra privatum haberet in trecentis solidis, *in d.l.*34. aucto privilegio in privatis usque ad solidos trecentos, privilegium tamen Ecclesiæ auctum non fuit: & postquam adeo Justin. *in l.*36.*§.ult.* privilegium privatorum produxit ad solidos quingentos, sed privilegium piæ causæ non auxit, privatos & piam causam eod. iure uti dicemus, quoniam sine lege & expresso textu nec extendere nec inducere privilegia licet. Et ex ista ratione hanc sententiam, quod hodie nihil speciale pia causa habeat, defendit *Salic. in l. sancimus.*34.*in pr.C.h.t.n.* 4. *& in l. illud in pr. C. de SS. Eccl.* idemque post Petrum & Jacobum de Ravenna tenet *Cyn. in d.l. illud n.*4. *& ibid. Castr. n.*1. ubi ait quod pia causa hodie non sit melioris conditionis, & ibid. *Bald. col.*2.*vers. tertio quæritur: & gl. in d.l.*34.*§.*1.*C.h.t.* meminit quorundam qui ex ingenio productionem privilegii in pia causa affirmant, sed eorum opinionem non probat. Singularis autem opinio est Bart. qui *in d.l illud n.*4.*in f.* fatetur ex productione privilegii in privatis nõ recte inferri ad productionem in Ecclesia, sed defendi posse putat *ex l.*36.*in pr.* donationem in piam causam collatam simpliciter sine insinuatione valere: quę vitiosa illatio est à specie ad genus, nisi, quoniam indefinite loquitur, eius assertionem ad speciem *in d. l.*36. propositam, restringas. Ex quib. apparet errare Clar. qui *in §. donatio. quæst.* 7. citat Bart. tanquam ex aucto privilegio in privatis inferret ad auctum privilegium in pia causa: sicut idem Clar. perspicuo errore pro se citat *Iason.* qui in *consil.* 169. §.4. *numer.* 8. hoc speciale in Ecclesia tradit, quod valeat in eam collata donatio bonorum præsentium

tium & fu urorum, quæ alias ex communissima Dd. sententia non subsistit. Errat adeo & Treut. qui *Dd. in l. 36. h. t.* pro dissent. addacit, qui tamen communiter *in l. 34. C. h. t. & in d. l. illud. C. de S. S. Eccles.* hanc ipsam sententiam à Treutler. hic propositam defendunt.

LIT. F.

Iuramentum tamen.] Contrarium, quod donatio ultra quingentos solidos non insinuata, juramento non confirmetur, defendit Treutler. *supra part. 1. disput. 21. th. 2. lit. B.* sed opinio quam hic tuetur procul dubio verior est, (iure scilicet Canon.) per iuramentum donationem hanc confirmari: quoniam ex ratione iurisgent. valet, nec quicquam hic committitur contra bonos mores juris naturæ, gentium, vel Canonici: estque prohibitio aut solennitas ista insinuationis, juris mere positivi: vel hoc argumento, quod olim usque ad ducentos, postea trecentos & tandem quingentos solidos libere donare permissum fuit, & cum adeo quantitas lege statuto vel consuetudine variari augeri & minui possit, nihil hic naturale esse apparet. Neque obstat 1. ratio *Bald. in l. illud. Cod. de SS. Eccles. col. 4. vers. quinto quæritur*, quod insinuatio requiratur pro forma. Etenim resp. vel quod forma sit accidentalis tãtum, vel potius quod sit de forma ex jure civili, non etiam iure Can. quatenus consideratur cum juramento, alias non posset consuetudine aut statuto hoc mutari. Non obstat, 2. quod insinuatio introducta sit publicæ utilitatis gratia ne quis re sua abutatur. Resp. ut ne confirmari possit actus per juramentum, requiri, ut principaliter jus publicum offendatur, alias vix ullus actus iure civili invalidus juramento confirmari posset. Non obstat 3. quod insinuatio introducta sit ad excludendas fraudes. Respondeo, esse tantum præsumtionem non veritatem, & sicut in donatione quingentorum solidorum vel infra eam potest admitti fraus, ita potest abesse ab ea quæ excedit quingentos solidos: & alias nec renuntiationem mulieris nec eius intercessionem, nec consensum de alienando prædio dotali nec contractum minoris juramento confirmari posse sequeretur: quod semper mulier aut minor fraude inducti videri possint. Sed canones potiorem juramenti considerationem & vinculi animæ, quam damni in re familiari, esse voluerunt, cum

præ-

præsertim vulgo tradi soleat, juramentum ex deliberato & circũspecto animo profectum præsumi: qua de re etiam actum supra *hac disp. th. 4. lit. C. & part. 1. disp. 21. th. 2. lit. B.*

Simpliciter tamen.] Hoc nimirum quod simplex renuntiatio non sufficiat, verum & certum existimo, quoniam lex hanc solennitatem requirit, ea omissa donationem nullam esse pronuntiat, & ea adeo solennitas nuda renuntiatione suppleri non potest. Neque ex jure civili, sed Canonico, per juramentum donationem istã confirmari defendimus: idq; ita simpliciter tradit *Bald. in l. illud C. de S. S. Eccl. col. 4. vers. quinto quaro*, ubi has rationes reddit, quod solennitati requisitæ à lege non possit renuntiari, & quod insinuatio non sit inducta in favorem donatoris, sed magis in odium donatarii ad excludendas præsumtiones fraudis & persuasionis, & ad coercendas temerarias & prodigas largitiones.

Lit. G.

Cum dixisset in thesi, donationem ultra quingentos solidos non insinuatam, non in solidum sed quatenus excedit, invalidam esse, subiicit in exegesi, inde deduci, quod donatio inter parentes & liberos, id est, quod ex textibus allegatis colligitur, à patre in liberos collata, non minus valeat quam aliæ donationes citra insinuationem, modo non excedat quingentos solidos. Hoc quidem ex præmissis aliter inferri, non potest, nisi quatenus dictum in genere, etiam in qualibet specie locum habet. Quæritur autem vel de donatione collata in filium f. vel in emancipatum: & illic vel de casu patris viventis vel mortui. Priori casu donatio est in suspenso, quoniam semper à patre revocari potest, cum nec revera donatio, sed potius destinatio sit, juxta notata th. 3. in f. ideoque paulo incautius loquitur Tr. dum simpliciter ait, donationem valere, modo non excedat quingentos solidos. Posteriori casu sive simpliciter silentio & morte patris, sive accedente officio arbitri familiæ ercisc. donationem confirmari dicamus, non nisi usque ad quingentos solidos ea confirmatio extendetur, juxta *leg. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* ubi cum Justin. pariter & ex æquo tractet de donatione parentum & coniugum, itidem Tr. incaute, ad donationem conjugum in extremo thesis id restringere videtur, dum ait, donationem inter coniuges non insinuatam morte donantis

non in universum, sed ad quingentos usq; solidos confirmari. Ubi etiam cum prodiissent, citat *Salicet. in d. l.* 25. statum controversiæ hac in re male constituit: quoniam non hoc quæritur, an sola morte & silentio coniugis, (secus enim est si expressa accesserit confirmatio) donatio quæ excessit quingentos solidos, tota & in solidum confirmetur, quomodo hanc quęstionem formavit Tr. sed an confirmetur usq; ad summam quingentorum solidorum, an nulla in solidum maneat: quod posterius affirmat *Salic. d. l.* 25. tum quod donatio inter coniuges alias ratione personarum prohibita, & propter excessum etiam ratione rei invalida sit, tum propter verba textus *in d. l.* 25. post pr. ibi, ita firmas esse per silentium sancimus, si quantitatem legitimam excedentes actis fuerint insinuatæ: & statim: amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium eius qui donavit confirmari concedimus. Et ideo statuendum hoc fuerit pariter in donatione coniugum & parentum, quoniam de utraque idem prædicatur: licet alias specialitatis ratio in donatione patris dari possit, quod ea non propter prohibitionem aliquam specialem, sed propter impossibilitatem juris, *ut in d. l* 25. loquitur Salicet. sit invalida. Sed contra Salicet. verior est sententia Treut. ex *Clar. quæstion.* 17. *numer.* 3. ubi testatur eam esse communem, quæ confirmatur ex textu generali *in l. sancimus.* 34. *in princip. Cod. hoc tit.* ubi dicitur superfluum tantum non valere: quam etiam interpretationem omnino admittit *dict. l.* 25. *Cod. de donat. int. vir. & uxor.* quod Justiniani scilicet ea mens est, quæ etiam non obscure ex verbis *amplioris donationis*, colligitur, donationem non valere in solidum: quoniam simplex silentium donatoris opponit expressæ confirmationi, quæ donationem in solidum ratam & firmam facit.

Cæterum in filium emancipatum à patre collata donatio, statim initio valet, & jure cuiuscunque alterius in extraneum collatæ donationis censetur.

THESIS VII.

LIT. A.

Donatio obligat.] Quatenus videlicet accipitur pro conventione, sive vestita sive nuda, quam Justin. legitimam facit, quo-

niam

niam Treutl. hic de obligatione civili tractat: cæterum haud scio, an satis accurate dicatur conventio obligare, quæ obligationem parit & producit. An autem, quod hic annectit Treutler. præcise teneatur donator tradere, explicatum est prolixe supra *part.* 1. *disputat.* 28. *thes.* 2. *liter.* C. ubi negativam sententiam veriorem esse probavimus.

LIT. B.

Condictione ex lege.] Hoc quoque pertinet ad locum proprium, an & quando & ex qua conventione hæc actio descendat, de qua agitur supra *part.* 1. *disput.* 23. *thes.* 1. Regulare plane est, ut ex pacto legitimo detur condictio ex lege: unde apparet hoc quod Tr. proponit de condictione ex lege, non esse universale, quoniam stipulatione interposita, utiq; actioni ex stipulatu locus erit: quod ipse agnoscit Tr. dum subiicit in hæc verba si stipulatio annexa fuerit donationi, ex stipulatu agetur: quod si ex donatione per se nasceretur condictio ex lege, stipulatio adjecta eam non impediret, sed utraque actio concurreret. Verum insubtiliter mihi dici videtur stipulatio annexa donationi: & causam ut ita loqueretur, Treut. proculdubio dedit error principio huius disput. th. 1. commissus, quod donatio sit contractus consensu constans. Enimvero donatio non sicut emtio vel alii contractus, certam ex se naturam habet, sed vel recta traditione, vel cōventione per metonymiam perfici dicitur, adeoque si quis recta se donaturum esse stipulato promittat, nihil hic prorsus est, cui stipulatio annexa dici possit. Cæterum hodie stipulatio necessaria non est, sed sufficit pactum nudum, cui si ultro ex arbitrio & voluntate partium stipulatio fuerit subjecta, non tam donationi, quam potius pacto de donando adjectam stipulationem dicendum est, eoque casu tum demum, si novandi animo stipulatio adjecta fuerit, ex hac sola actio dabitur: cæterum possit alias etiam dici, quod pactum adiiciatur donationi, quia etiam stipulationi pactum adiici potest, cum præsertim in terminis his pactum utpote legitimum tantum operetur quantum stipulatio. Illud certum est quod in f. huius lit. additur, donatorem tantum conveniri in id quod facere potest, & amplius, quod hic speciale est, deducto prius ære alieno, de quo alibi tractatur.

Condictio ex lege das.

LIT. C.

Nisi ex certis causis.] Quia ſcilicet perfecta & abſoluta eſt: & poteſt quidem princeps novum introducere modum quo revocetur donatio, ſed jam recte perfectam donationem, citra iniuriam reſcripto ſuo retractare non poteſt. Et multo minus igitur per teſtamentum revocari donatio poteſt, utcunque à principe teſtamentum fuerit confirmatum: quoniam confirmatio iſta ad auferendum alteri ius quæſitum pertinere non poteſt.

LIT. D.

Causa revocandi donationem e ingratitudo.

Enormis ingratitudo.] Non enim quævis ſufficit, ſed quam lex approbavit: ubi vulgata incidit quæſtio, an præter cauſas expreſſas *in l. ult. Cod. de revocand. donat.* aliæ ſimiles vel majores admittantur: quæ quæſtio in cauſis exheredationis expreſſis. *N.* 115. *cap.* 3. tractatur ſupra *part.* 1. *diſput.* 13. *th.* 8. *lit.* C. ubi contra Tr. affirmativam ſententiam probavimus, quæ ex iiſdē fundamentis hic quoque defendi poteſt, quam etiam communem eſſe ait *Clar. quæſt.* 21. *num.* 2. & probat *Gomeſ. lib.* 2. *reſolut. c.* 4. *num.* 14. quamvis *Salic. Cyn. & alij in d. l. ult. Mozzius de donat. c. ult. num.* 21. *& ſeqq.* ſaltem diſputent de cauſis *in d. l. ult. expreſſis.* Illud plane communiſſime receptum video, quod propter negata alimenta donatio revocari poſſit *gl. in d. l. ult. Clar. d. quæſt.* 21. *nu.* 3. *Motz. d. cap. ult. nu.* 59. eamq; opinionem magis æquam eſſe ait *Salic. in d. l. ult. & ibid.* hac ratione confirmat Cyn. quod qui magnas facultates alicui donavit patris loco eſſe videatur: qua de cauſa alii inter donationem omnium bonorum majoriſve partis, & aliam donationē diſtinguunt *Cyn. & Salic. d. loc. Motz. d. c. ult. n.* 60. & facit huc *l.* 8. *de decurion.* iuxta not. ſupra *th.* 2. *inf.* Revocabitur autem donatio vel implorato judicis officio, vel condictione *ex d. l. ult. ut Salic. Cyn. & alij* ibi tractant *Motz. num.* 70. *Gomeſ. d. c.* 4. & poſſit etiam condictioni ſine cauſa locus eſſe: quamvis & inter modos quibus donatio infirmatur diſtinguendum videatur, quoniam propter liberos poſtea natos ipſo jure donationem annullari receptum eſt, de quo mox dicemus.

Poſſit etiam dubitari, an recte hic inter ſe à Tr. exæquentur & comparentur cauſæ ingratitudinis ad effectum revocandæ donationis & exheredandi liberos: quoniam ex rationibus adductis

ctis *d. disput.* 13. *part.* 1. *th.* 8. difficilius N. 115. *c.* 3. alias causas admittere videtur, quam *l. ult. C. de revocand. donat.* in qua simplex est particula taxativa, quæ ex recepta sententia non excludit casus similes aut graviores: cum præsertim liberis ipso naturæ & gentium jure hereditas, & omnino jure civili legitima debeatur: quamvis ex adverso contra liberos faciat, quod quanto magis hi parentibus obligati sunt, tanto in ipsis detestabilior est ingratitudo, quam exheredatione coercere, omnino parentibus est concedendum.

LIT. E.

Liberorum supervenientia.] Hæc altera est revocandi donationem causa, si post donationem factam donatori, qui tempore donationis nullos habebat, liberi fuerint nati *ex leg. si unquam. Codic. de revocand. donat.* cuius legis dispositio, licet patroni tantum & liberti faciat mentionem, communiter tamen in quocunque donatore locum habere existimatur, attestante præter alios *Tiraquell. d. l.* 8. *verbo, libertis nu.* 41. ubi plurimos allegat. Et pro hac opinione hæc unica fere adducitur ratio, quod donatio ab eo facta, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi nati non fuerint, de quibus si cogitasset, verosimiliter bona sua vel partem eorum non donasset *arg. l. cum avus.* 102. *de condition. & demonst.* quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere *l. cum acutissimi Cod. de fideicommiss.* quæ ratio cum in quocunque donatore locum habeat, merito etiam idem ius obtinere debet, quod præsertim ratio legis quæ mens & anima eius dicitur, potius sit attendenda, quod latissime persequitur *Tiraquell. d. l si unquam C. de revocand. donat. verbo, libertis, nu.* 45. *& multis sequentibus.* Verum non difficulter, ipso etiam adminiculante Tiraquello hic responderi potest, 1. quod propositum in mente retentum nihil operetur. 2. quod non sufficiat in unius animo tale aliquid præsumi, cum donatio utriusq; consensu perficiatur, ut tractat *Tiraquel. d. loc. nu.* 20. *& seqq.* 3. quod nobis non si permissum tacitas inducere & fingere conventiones, ubi lex deficit: quod exemplis quasi contractuum & pactorum quæ tacita dicuntur, omnium, ostendi potest, quod scilicet tacita, quæ in iis inesse dicitur conventio à lege assistentiam habet & fomentum. 4. quod frustra sectamur coniecturas, ubi verba legis expressa

ſunt, quibus potius inhærendum eſt, quippe quibus deficientibus, deficit etiam legis diſpoſitio, ut latiſſime confirmat *Tiraquell. in L. 8. Cod. de revocand. donat.* verbo, *libertis, num. 2. & ſeqq.* & tum demum ad conjecturandam mentem & rationem legis confugimus, ubi verba obſcura dubia & incerta ſunt, & quæ forte abſurdum inducerent ſenſum, ut idem *Tiraquell. dict. loc. numer.* 79. cæteroquin non indulgendum eſt conjecturis quæ facile in fraudem inducere, & à
5. voluntate legislatoris abducere poſſunt. 5. quod ratio à nativitate liberorum ſumta non ſit ſola nec per ſe ſufficiens, ſed concurrente qualitate hinc donatoris patroni, hinc donatarii liberti: quod præcipue attendiſſe Imperatorem apparet ex verbis ipſius textus: ad quem non licet uti reſponſione vulgata, quod ad conſultationem partis reſcripſerit Imperator, quia Conſtant. cum fratre ad præfectum prætorio eam conſtitutionem direxerunt, in forma generalis diſpoſitionis, *ſi unquam &c.* quam ſi in omnibus obtinere voluiſſent, quod factu facilimum erat, uno verbo monuiſſent. Firmatur hæc reſponſio, quod diverſa prorſus ratio eſt liberti donatarii & aliorum: quod ille patrono inæſtimabile libertatis beneficium, & propter hoc, reverentiam, obſequia & operas debet, & quod in his ipſis terminis facilius, & propter negata obſequia revocatur donatio in libertum collata *l. 1. Codic. de revocand. donat.* ubi *Odofred. Cyn. Salicet.* iidemque *in leg. ultim. Codic. eodem.* notant. Quod autem attinet ad conjecturam pietatis deſumtam *ex leg. 102. de condit. & demonſtr. & l. cum acutiſſimi Codic. de fideicommiſſ.* reſponderi poteſt 1. quod facilius revocentur diſpoſitiones ultimæ, quam actus inter vivos perfecti, ut reſpondet *Tiraquell. ſæpe dicto loc. numer. 66.* 2. quod hæc revera ratio ſit Papinin. *in dict. l. 102.* quod non videatur avus nepotem gravaſſe in eum caſum quo ipſi liberi naſcerentur, quoniam pietatis cauſa ſuadeat liberis potius quam aliis, utcunque teſtatori defuncto conjunctis, (ſiquidem *in dict. leg.* 102. filius ipſius teſtatoris fideicommiſſarius eſt) hereditatem relinquere, nec credi debeat avus pro nepote id conſilium cepiſſe, quod ipſe nepos non niſi impie capturus eſſet, ut bene diſputat *Anton. Fab. 7. conject.* 14. quod ad præſentem noſtrum caſum accommodari non poteſt. 3. quod ſpecialiter conſtitutum *in dict. l. cum avus*, non facile ſit trahendum ad conſequen-

quentias 4. casus *dict. l.* 102. habet locum in tribus personis, testatore gravante, filio gravato, & fideicommissario: quod itidem nostro casui non convenit. Denique decisio *dict. l.* 102. tantum habet locum in testatore gravante unum ex progenie sua, cuius porro posteri, etiam sunt ex familia gravantis: quod etiam diversitatem inducit, à casu nostro, ubi quis in extraneum absolute & perfecte aliquid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de bonis iis reddendis gravatus videri potest. Porro *Cuiac.* 20. *observ.* 5. ad confirmandam opinionem communem duas insuper adducit rationes, 1, *ex l. cum tale.* 72. *de condit. & demonstr.* ubi quod dicitur legatum liberto relictum, si à liberis testatoris non discesserit oblata cautione Mutiana peti posse, etiam in aliis locum habere putat. 2. *ex l.* 1. *Codic. de revocand. donat.* ubi quod de liberto dicitur circa rem eius nomine à patrono comparatam, eique traditam, in alio quoque non liberto locum habere existimat Cuiac. Verum communis ad utrumque hoc argumentum responsio est, committi fallaciam à dicto secundum quid ad dictum simpliciter, quoniam non si in uno vel altero liberti cum aliis comparantur, in omnibus & hac præsertim materia comparari consequitur. Deinde hoc ipsum quod affirmat Cujacius, eandem in specie *l.* 72. §. 1. *& l.* 1. *Codic. de revocand. donat.* liberti & aliorum esse rationem magis negatur ab Accurs. & aliis ibid. quos sequ tur *Hottoman.* 1. *amicab. respons.* 12. ubi etiam recte advertit, committi à Cuiac. fallaciam diversæ quęstionis, quod scilicet de eo non principaliter tractetur *in d. l.* 1. an res nomine liberti à patrono comparata eique tradita liberto acquiratur, in quo ius commune cum aliis libertus habet: sed, an propter non pręstita obsequia donatio ista revocetur, idque speciale in liberto esse *Accurs. & communiter Dd. notant in l. ult. C. de revoc. don.*

Et plane sententia *Hottom. dict. loc. Coras.* 7. *miscellan.* 30. *Anton. Fabri* 7. *coniect.* 14. quod constitutio *l. si unquam Codic. de revocand. donat.* in donatario alio quam liberto, locum sibi non vindicet, his rationibus confirmatur. 1. quod constitutio diserte tantum mentionem facit patroni & liberti: & hinc 2. quod ut Tiraquell. observat proponitur sanctio ista per modum regulæ, à qua citra expressos textus recedendum non est. Et porro 3. quia ut paulo ante notatum, diversa prorsus liberti & aliorum ratio est.

4. ar-

4. argumentum præbet, quod *in §. alia. 2. Inst. de donat. inf.* ubi de revocanda donatione Justinianus agit, tantum fit mentio ingratitudinis: neque omisisset Justin. supervenientiam liberorum, si eam pro causa generali habuisset. 5. quod regulariter donationes semel perfectæ non revocantur, à qua regula nõ recedendum, neque constitutio quæ in certis terminis exceptionem inducit extendenda est. 6. quoniam iuxta communem sententiam, de qua attestatur *Tiraq. d. l. 8.* verbis, *omnia vel partem*, constitutio illa locum habet, non tantum si omnia bona, sed etiam si pars eaque dimidia minor fuerit donata: quod etiam ipsa verba textus, *bona omnia vel partem aliquam*, suadent & confirmant: prorsus autem absurdum videtur, donationem etiam partis cuicunq; & à quocunq; factam propter liberos postea natos revocari: quod ita à nullo nisi liberos habente, plene, solide & pure, donationem fieri posse sequeretur: & ead. alias ratione æquitatis revocatio donatorum concedenda esset ei, qui cum unum filium habens donasset, postea plures sustulit liberos: quoniam & hic favorabiliter præsumi potest, donaturus non fuisse, si plures sibi liberos nascituros cogitasset, maxime si donatorem viduum, & ætatis aliquanto provectioris uxore postea ducta plures liberos suscepisse proponas. Septimo facit quod ipse pater liberis superstitibus salva saltem legitima bona in quoscunque conferre potest: & ipsa quoque bona, quæ propter supervenientiam liberorum ad se revocavit: quoniam ea non liberis acquiri, sed ad patrem pleno iure reverti omnes admittunt, ita ut de iis liberum disponendi habeat arbitrium. Ut ita donatario in quem perfecte iam translatum erat dominium, alios quodammodo potiores esse, videatur absurdum: quod solum argumento est, qualitatem ipsam donatoris præcipuam esse istius revocationis causam. 8. facit *l. si totas. C. de inoff. donat.* ubi propter liberos postea natos donatio revocatur non in solidum, sed pro quãtitate legitimæ: quamvis hic Dd. vulgo respondeant, speciale esse in donatario filio, quem quis tempore donationis unicum habuit. 9. facit *cap. ult. caus. 17. quæst. 4.* ubi refertur factum Augustini, qui bona donata Ecclesiæ, donatori, cui postea liberi nati erant, restituit, & subiicitur, quod ea retinere potuerit iure fori non iure poli: Augustinus autem procul dubio satis longo tempore, post Constantinum & Constantium vixit. Et hanc sententiam etiam probavit

vit Anianus, cuius perhibentur Summæ & interpretationes ad C. Theodos. *in l.3.C.Theod.de revoc. donat.* & magis in eam inclinat *Odofred.in d.l.si unquam*, & de jure veriorem esse, cum multa disputasset concludit *Tiraq.in d.l.si unquam*, verbo, *libertis. nu.* 74. non dubito, inquit, quin si ad merum ius respiciamus, verior sit ea sententia, quæ hanc legem in ea tantum donatione procedere asserit, quæ à patrono facta est liberto, de qua ita nuncupatim loquitur, ut si filum phrasimque legis consideres, facile intelligas, de ea tantum donatione loqui velle: & idem huius sententiæ autores plurimos citat eod.loc.nu. 40. qui tamen eod. teste alteram opinionem tanquam communem, iudicando & consulendo servandam putant, quod & ipsius *Tiraq.d.n.*47. iudicium est.

Vt maxime vero Ecclesiæ.] Ampliat opinionem suam, ut donatio etiam Ecclesiæ facta propter liberos natos in solidum revocetur: quoniam quin legitima portio liberis sit restituenda, vix dubitari videtur, ut apparet ex *Mynsing. 6. obs. 95. Tiraquel. in d. l.* 8. *verbo, libertis, nu.* 79. *Cyn. in l.* 1. *C. de inoff. donat.* ubi decisionem huius quæstionis in eo positam esse ait, an pia causa pro filio habeatur an pro extraneo: ita enim communissime statuunt Dd. ex *l. si totas* 5. *C. de inoff. donat.* donationem à patre in unicum filium collatas, aliis postea natis, tantum usque ad legitimam revocari. Et sane non videtur deterior conditio esse debere Ecclesiæ quam liberorum, ut multis autoribus confirmat Tiraq. cit. loc. & quamvis idem (quem de hac quæstione consule nu. 79. usque ad 91.) potiorem causam liberorum esse debere, exemplis & autoritatibus comprobet, in dubio tamen & in his præsertim terminis pro Ecclesia potius respondendum crediderim: vel quod pater aliis etiam quod ultra legitimam est, relinquere potuisset, vel quia non tota substantia paterna privantur, sed legitimam salvam habent, vel quia iuxta veram interpretationem, constitutio ista ad solos libertos pertinet, ut tanto magis restringenda sit. Et facit huc paulo ante citat. *cap. ult. caus.* 17. *quæst.* 4. ubi dicitur Ecclesiam posse retinere rem donatam, non quidem iure poli, sed tamen iure fori, de quo iure hic disputamus, & an constitutio *l.8. C. de revocand. donat.* etiam in Ecclesia habeat locum. Neque videtur hinc dissentire gl. citata à *Mynsing. 6. obs. 95. in cap. si quis irascitur* 13. *quæst.* 2. quæ hoc solum dicit, honestum esse, ut ab Ecclesia bona donata reddantur, qua etiam sola ratione utitur

R

Mynsing. post Tiraq. *d. loc. n.* 79. Sed responderi potest, committi fallaciam homonymiæ in verbo, *honestum*: quoniam non eo sensu honestum dicitur, reddere donata, ut si contra fiat, turpe, illicitum & probrosum habeatur, sed significatur hoc esse laudabile & humanum, ut Ecclesia non quærat locupletari ex bonis illius qui postea suscepit liberos, cum propterea quod liberos non haberet, probabiliter donasse credatur.

Renuntiare autem.] Verum est illud, quod alibi Arist. ait, uno dato absurdo, alia porro consequi: ita communis illa & falsa Dd. opinio, plures intricatas satis quæstiones & absurdas peperit opiniones. Inter alia de renũtiatione huius beneficii *ex l. si unquam*, disceptatur: & respondet Tr. patrem quidem in sui ipsius, sed non liberorum præjudicium renuntiare posse. Et 1. de revocatione quoad legitimam non puto controverti quin non obstante renuntiatione patris ei omnimodo locus sit, quoniã in ea ius liberis quæsitum est, quod sicut non potest quacunq; dispositione ultima, ita nec actibus inter vivos liberis auferri potest: ideoq; sicut illic inofficiosi testamenti, ita hic inofficiosæ donationis querela introducta est: idq; adeo obtinet ut nec renuntiatione jurata querelam inofficiosæ donationis pater impedire possit, quod & rationi convenit, & confirmatur *à Tiraq. in præfat. ad d. l. si unquam. n.* 93. Sed Tr. procul dubio de revocatione solidi tractat, quia disputat de beneficio *d. l. si unquam*, per quod donationem in solidum revocari constat. Et quęritur igitur, an per renuntiationem patris hoc beneficiũ excludatur: quod negat *Salic. in d. l.* 8. ex hac ratione, quod constitutio *d. l.* 8. respiciat favorem liberorum. Sed mihi non obscure fallacia homonymiæ in hac consequutione admitti videtur: quia hactenus favor liberorũ est, ut bona ad eos pervenire possint, sed non eatenus, ut iis acquirantur, ad eosq; in solidum perveniant: cui rei certissimũ argumentum est, quod paulo ante ostẽsum, bona revocata, non liberis acquiri, sed ipsi patri, ita ut salva saltem legitima libere de iis disponere, & in quemcunq; ea transferre possit. Et quidni igitur juri huic revocandi renuntiare pater possit, in præjudiciũ liberorum, si bona revocata non attento eorum prejudicio, in alios transferre potest: aut quomodo hoc stante quod certissimũ est, patrem bona revocata, pro libitu, salva tamẽ legitima alienare posse, ad effectum impediendæ renuntiationis præiudicium liberorũ allegari potest? & rectissime ait *Tiraq. in præf. ad l. si unquam.* C. *de revoc.*

don. n. 92. si spectetur simpliciter favor liberorum, nec in præjudicium quidem liberorum natorum patrem donare posse, cum absurdum sit minus tribui liberis natis, quam nascituris, de quibus utiq; pater renuntians expresse cogitavit. Et vero sententia hæc, quod pater remedio *l. si unquam.* jure renuntiare possit, hac solida ratione fundatur, quod omnes omnino Dd. qui constitutionẽ *d. l. si unquam* in quocunq; donatario locum habere existimant, unicum hoc opinionis illius argumentum perpetuo urgent, quod sub tacita hac conditione donatio facta intelligatur, *si donatori liberi non sint nascituri*, & quod donator de liberis sibi nascituris tẽpore donationis non cogitaverit: necessum autẽ est eum cogitasse de liberis, qui expresse renuntiavit: & per quod tollitur ratio unica, quæ locũ facit beneficio, per illud etiã ipsum beneficiũ tolli necessum est: atqui per renũtiationẽ expressã tollitur illa ratio, q̃ sumitur à præsumpta volũtate & tacita cõventione sive conditione: & probari hoc potest exemplo omniũ conventionum tacitarum & conditionum, quæ ex præsumta voluntate inesse dicuntur, eiq; quod tacite inest, per expressam cõventionẽ derogari posse: siquidẽ veritas potẽtior est p̃sumtione, neq; potest quis dici voluisse tacite, cuius cõtrarium expresse professus est. Et cũ Dd. commun. productionẽ *d. l. si unquã* & sententiã suam confirment ex conjectura voluntatis, de qua tractatur *in l. cũ avus 102. de cond. & demonst. & in l. cũ acutissimi. C. de fideicom.* plus quam certũ & expeditum est, si pater filium etiã in casum liberorum ipsi natorum fideicommisso gravaverit, nullum relinqui locum conjecturæ, cõtra expressam voluntatẽ testatoris: ut proinde & hic ubi expressa renuntiatio patris est, conjecturatã illam voluntatem & tacitã conditionem sive conventionẽ cessare oporteat, quoniam si voluntas præsumta operatur jus revocandi, in cõtrariũ expressa voluntas ius revocandi impediet & excludet: ut verissime hoc observaverit *Tiraq. in l. præf. n. 96.* negato iure renuntiãdi, corruere omnia ea, quæ omnes disputant de verosimili & præsumta mente donãtis quod ipse latius p̃sequitur, & hoc quoq; p̃bat, cessare beneficium *d. l. si unquã.* si donatorẽ de liberis cogitasse probetur, & prolixe more suo tractat. ex quib. coniecturis de liberis cogitasse testatorẽ colligatur, & an sufficiat generalis renuntiatio, an specialiter remedio dictæ constit. renuntiare necessum sit. Concluditur ergo veram esse sententiam quæ renuntiari posse statuit *d. l. si unquam. Cod. de revo-*

cand.donat. neque hoc tantum in sui præiudicium, sed simpliciter, ut nec à liberis, contra quam male putat Tr. donatio revocari possit: quam sententiam probat Tiraq. d. loc. & ex ratione supra relata confirmat *Bart. in l. Titia Seio. 87. §. Imperator autem 3. de legat. 2. num. 7.* Enimvero rationes præmissæ concludunt simpliciter pro renuntiationis validitate, propter sublatam coniecturam & præsumtam donantis voluntatem: & alias exiguus imo nullus fere futurus esset renuntiationis istius effectus: quoniam præsupposito, patrem in sui tantum præiudicium renuntiasse, sequeretur, ius revocandi à patre transmitti non posse in liberos, & hos adeo iure proprio etiam patre vivo posse revocare donationem: quin & parum consultum esset donatario, si post mortem patris revocatio fieret, præsertim si liberis natis donationem ipso iure revocatam, & exinde de fructibus præstandis teneri donatarium proponatur: & omnino falsum habendum est, quod iure suo & proprio liberi revocare possint donationem. Qui ex præmissis assertio hæc, de renuntiatione in patris non liberorum præiudicium subsistente, speciem quandam contradictionis implicare videatur: quoniam cum omnes admittant revocationem donationis *ex l. 8. C. de revocand. donat.* fundari in præsumta voluntate donantis & tacita conditione, quæ per expressam patris renuntiationem, necessario cessat, siquidem liberi ius revocandi habeant, efficeretur, ut pater & renuntiasse, & nihilominus ius revocandi reservasse dicendus sit: quæ duo simul subsistere non possunt.

Donatio vero eiusmodi.] Alia quæstio est, si natis liberis pater jure suo non usus decesserit, an nihilominus donatio per liberos possit revocari. Et ex præmissis efficitur, interesse, an pater donationem repetierit, & valere voluerit, & ius revocandi excepta legitima, liberi non habebunt, quippe quod ipse pater salva legitima bona revocata in alios iure suo transferre, & bona penes se relicta de novo donare potuisset: an vero non confirmata donatione decesserit, & humanius est, ne donationem pro confirmata habeamus, sed ius repetendi liberis, tanquam à patre in eos transmissum concedamus.

Et hanc quæstionem hac lit. non movet Tr. sed hanc, si vivo patre donatore ante revocationem factam liberi mortui sint, an donatio valida maneat, aut convalescat potius, & revocatio eius

cesset,

cesset. Quod affirmandum videtur. 1. ex *l. posthumus. 12. in pr. de iniust. test.* ubi testamentum præteritione posthumi ruptum, convalidatur, si posthumus vivo patre decesserit. 2. ex *l. fœmina. 2. in f. C. de secund. nupt.* ubi mater quæ propter secundas nuptias amisit proprietatem quæsitam, liberis prioris matrimonii præmortuis eandem recuperat. 3. ex *l. ex facto. 17. §. pen. ad Trebell.* ubi fideicommisso gravatus si sine liberis decesserit, fideicommissum præstare tenetur, si liberi nati vivo eo decesserint. Accedit, 4. quod cessante causa revocationis, cessare debet effectus. His tamen non difficulter responderi potest & ad 1. testamentum ibi sustineri ex æquitate prætoria & rescripto Imperatoris, quibus cessantibus, cessant autem in nostro casu, proculdubio aliud respondisset JCtus. Ad 2. quod illud sit mere odiosum & pænale, ideoque restringendum: tum præcipue quod pæna illa irrogata sit matri favore liberorum prioris matrimonii, quibus adeo mortuis nullus amplius pænę locus esse potest. Ad 3. quod conditio si sine liberis decesserit referatur ad tempus mortis gravati, sed *in l. 8. de revocand. donat.* non hæc conditio est si sine liberis decesserit, sed si liberos susceperit. Ad 4. quod illa regula fallat ubi effectus jam est perfectus & absolutus, qui adeo sublata etiam causa durat & subsistit, nec difficilis est responsio ad alia quædam levicula, quæ addit *Tiraquel. in d. l. 8. verbis, susceperit liberos, numer.* 161. Secundum quæ verior videtur sententia Treut. quod licet præmortuis liberis, donatio non convalescat, quam *Bart. in l. Titia Seio 87. de legat. 2. num.* 10. hac ratione confirmat, quoniam illud, quod semel potestate juris ad nihilum deductum est, regulariter sine alio facto non possit convalidari & confirmari: siquidem communis sententia est, potestate constitutionis, & ipso iure nativitate & supervenientia liberorum everti & annullari, de quo latissime *Tiraquel. in d. l. si unquam*, verbo, *revertatur, n. 1. & seqq.* cæterum citati *Clar. quæst.* 23. & *Gomes. 2. resolut.* 4. *n.* 10. ab opinione Treut. revera & simpliciter non dissentiunt, quoniam limitant illam propositionem & convalidari donationem ita concedunt, si pater tacuerit, & bona penes donatarium manere passus sit: quod si expresse vel tacite donator voluntatem suam de revocando declaraverit, non dubitant quin etiam heredibus revocatio concedatur. Verum in illo vix ratio dubitandi mihi esse videtur, quoniam jam ante probavimus, etiam superstitibus

Si vivo patre [illegible] liberi [illegible] convalescit donatio?

liberis, quos pater post donationem suscepit, eam in præiudicium etiam liberorum ratam haberi posse. Sed hoc scilicet quæri intelligitur, an præmortuis liberis, pater nec si velit, donationem revocare possit: quod eo maxime casu maiorem habet dubitationem, quo v. c. filius natus mox iterum decessit: quoniam quæ non durant, perinde habentur atque si nunquam fuissent, ut multis comprobat *Tiraq.* in verbis, *susceperit liberos num.* 167. & præcipue, quod cum ratio constitutionis in hoc posita sit, quod donator non præsumatur cogitasse de liberis nascituris, etiam qui de illis cogitavit, & simul statim morituros consideravit, non abstinuisset donatione. Sed tamen Tiraquell. d. loc. vix unum aut alterum ita sentire tradit num. 204. sed cum communi cum quamplurimis citatis num. 203. contrarium, & quod morte filii non cōfirmetur donatio simpliciter concludit, per textus *in l. hæredibus in prin. ad Trebell. & l. cum uxori. C. quand. dies. leg. ced. l. ex facto. §. si quis autem. ad* Trebell. ubi si liberi momento superstites fuerint patri, non convalescit fideicommissum, *l. ultim. Cod. de indicta viduitate, & in l. 2. & 3. C. de posthum. hered. instit.* ubi rumpitur testamentum nativitate posthumi, etiamsi hic illico decesserit: & facit quod ubi causa semel effectum suum produxit absolutum, hic non cessat, licet deficiat causa: quæ & alia proponit *Tiraquell. d. loc. num* 187. *& seqq.* Et tamen istis non obstantibus sententia ista non satis liquida mihi esse videtur, & potest argumentis jam productis non absurde satisfieri respondendo 1. quod in uno aliquo casu specialiter statutum est, non esse trahendum in consequentiam ad casum diversum. 2. longe difficilius actum inter vivos perfectum & absolutum translato jam dominio revocari, quam voluntatem ultimam. 3. facilius existentiam aliquam posse operari acquisitionem, quam acquisiti privationem. 4. & præcipue quod aliud est quærere de actu aliquo ad cuius constitutionem sufficit nuda cōditionis existentia, in quibus terminis verum est, quod ex Dd. tradit Tiraq. sufficere vel momento impletam esse conditionem: aliud vero de revocanda donatione in nostro casu. Neque enim existimādi sunt Imperatores suspensam voluisse donationem ex simplici nativitate liberorum, tanquam eius potestate sola & nuda resolveretur donatio, sed magis considerasse liberos superstites, ad quos bona pervenire potius, quam apud libertum, qui ipse liberis patro-

patroni obnoxius est permanere æquum existimaverunt. Quæ ratio omnimodo & tota cessat, si liberi nati statim mortui fuerint: quin ex eod. fundaméto amplius dixerim, utcunq; liberi diu superstites fuerint, & post multos etiam annos demum decesserint, patrem qui iure suo usus non est, donationem amplius revocare non posse. Quod etiam defendi potest, etiamsi ipso iure revocari donationem concedam: quoniam ius non operatur, nisi & donator iure suo utatur: sicut & emphyteutam ob non solutum canoné ipso iure incidere in pænam caducitatis, probatur *ex l. 2. C. de iur. emphyt.* cessante tamen ea pæna, si dominus directus ius suum non exequatur. Quamvis ab Accur. Tiraq. & vulgo Dd. quod donatio ipso iure annulletur, ex ipsa constitutione non satis bene probari mihi videatur: quoniam in constitutionibus Impp. posteriorum verbum aliquod captare putidum est: & satis revertitur ad donantem, utcunq; non ipso iure donatio revocetur & verba, *in eius arbitrio & ditione mansurum*, nullo modo hoc efficiunt, quod ipso iure dominium restituatur donatario: sed quod huic res donatas ad dominium suum revocandi, facultas sit concessa: qua de re latius videatur Tiraq. ad d. verbum, *revertatur*.

LIT. F. & G.

Proponit differentiam inter duos illos modos revocandi donationem, ingratitudinem & supervenientiam liberorum: quod illo casu detur revocatio donatori non heredi *l. ult. Cod. de revocandis donat.* quod donator remisisse censeatur iniuriam, cuius alias actio non transit in heredes: hoc autem, etiam heredibus datur: quod intelligendum est iuxta prædicta, si pater donator non confirmaverit donationem, sed iure suo uti vel ceperit, vel uti se velle declaraverit. Eius sententiæ, quod revocatio heredibus detur, duas rationes affert Tr. 1. quod donatio ipso iure annulletur. Sed utcunq; hoc non statuatur, postquam lex revocationem cócedit, nihilominus heredibus actio datur. 2. quod donatio facta sit sub códitione liberorum non nasciturorum. Quib. quidem verbis significare velle videtur, ipsis liberis ius quæsitũ, eosq; iure proprio revocare donationem posse: quod paulo ante falsum esse probavimus: cæteroquin hæc ratio nihil ad propositũ facit, sed hoc efficit, ut propter liberos natos donatio revocari possit, & iuxta terminos ante dictos

commu-

communi jure potestas revocandi in hæredes transmittatur.

Vnde deficiente conditione.] Videtur existimare Tr. donationem factam esse sub conditione resolutiva, iuxta notata de effectu huius conditionis supra *disp. 1. th. 2. lit. C.* quod verum esse non videtur, quoniam conditio resolutiva facit ut retro nihil actum videatur: sed *ex l. 8. C. de revocand. donat.* liberis natis simplex ius revocandi donationem patri conceditur.

Quin istis fundamentis.] Ait his fundamentis tentaturum, donationem non tantum ratione legitimæ, sed in solidum revocari posse. Ego vero nec dubitandi quidem rationem hic esse arbitror: & hanc communissime omnes differentiam tradunt inter querelam inofficiosæ donationis, per quam tantum legitima revocetur, & remedium *ex l. si unquam. C. de revocand. donat.* per qu m revocetur solidum & totum: quod & probant expressa verba tex us, ibi, *totum quicquid largitus fuerat revertatur*, & ratio suadet, quod alias nulla esset huius remedii utilitas, si per illud tantum fraudatis legitima succurreretur, siquidem ante Constantium autorem *d. l.* 8. remedio querelæ inofficiosæ donationis locum fuisse constat, quo remedio, ut legitimam consequantur, nec juramento quidem adjecto donationi, ut supra ostensum, pater liberos privare potest: ut proinde manifeste lapsus sit Tr. dum communiter omnes Dd. dissentire ait: siquidem teste *Tiraq. in l. si unquam.* verbo, *totum*, nemo prorsus hinc dissentit, & nullum se legisse aut vidisse idem autor ait, qui negaret *ex d. l.* 8. in solidum revocari donationem collatam in extraneum, quoniam aliud statuitur, si collata fuerit in filium *l. 5. C. de inoff. donat.* Nec minus iniuriam facit Cujacio qui 20. *obs.* 5. hoc tradit 1. si donator liberos habuerit tempore donationis, licet postea plures nascantur, cessare restitutionem *ex l.* 8. & tantum superesse querelam inofficiosæ donationis. 2. liberos querela ista uti iure proprio, sed beneficio *l.* 8. jure hereditario: quod utrumq; verissimum est: nec aliter sentit Gothof. *ad d. l.* 8. Tractat autem utique hic Tr. de remedio *d. l.* 8. alia enim quæstio est, an per querelam inofficiosæ donationis revocatio in solidum fiat, de qua agitur lit. 1. & quam haud scio an cum illa confuderit Tr.

Condici.] Condictio datur contra dominum: ideoque cum ipso iure donationem resolvi tradat, non recte hoc verbo uti videtur, nisi forte intelligit condictionem nudæ possessionis, ut *Accurs. in d. l.* 8.

LIT. H. & I.

Generatim vero.] Speciale hoc remedium eſt, ad inſtar quæ-relę inofficioſi teſtamenti introductum contra eos, qui in fraudem huius quærelæ, donationibus immodicis vel omnium bonorum vel maximæ partis, exhauriendo patrimonium efficiunt, ne legitima iis, quibus debetur, integra ſit. Et hinc iiſdem perſonis competit, quibus datur querela inofficioſi teſtamenti, liberis, parentibus & fratribus, ut lit. H. ait Tr. & his ſcilicet propter jam dictam ſimilitudinem non ſimpliciter, ſed ſi in turpem perſonam donatio ſit collata.

Sed illud hic controverſum eſt, an per hoc remedium donatio inofficioſa revocetur in ſolidum, an tantum hactenus, ut verbi cauſa liberis legitima præſtetur vel ſuppleatur. Et poſterius hoc communius probant Dd. ipſo fatente Treutl. lit. I. à quibus diſſentit Tr. poſt *Ant. Fab. 3. coniect.* 17. ubi eum doctiſſime diſſerere ait. Ego communem Dd. opinionem veriorem eſſe exiſtimo, pro qua facit 1. quod alias in caſu donatorum omnium bonorum aut eiuſmodi partis quæ legitimam minueret, ſupervacanea fuiſſet conſtitutio *l. ſiunquam* 8. C. *de revocand. donat.* quoniam certum eſt iure veteri liberis ſive tempore donationis jam natis, ſive poſtea ſuſceptis, querelam eam competiiſſe. 2. facit hæc ratio, quod alias etiam qui partem haberet legitimæ, reſcinderet donationem in ſolidum, & ita facilius reſolveretur donatio perfecta, quam ultima voluntas, quoniam qui partem habet vel minimam, non querela inofficioſi teſtamenti, ſed actione ad ſupplementum experitur, quæ actio in donatione inofficioſa, locum habere non videtur, ceſſante ratione Juſtin. ne teſtamentum tanquam à furioſo factum evertatur. 3. confirmat hanc ſententiam textus juris ſub titulo C. de inoff. donat. velut in l. 2. ubi donatio immenſa in filium in poteſtate collata, hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciſc. quarta pars debitæ ab inteſtato portionis præſtetur incolumis. Audaculum ſeſe hic præbet Ant. Fab. qui hunc textum pro ſe inducit, & vim oppoſitionis caſuum duorum, quo donatio in filium fa. & emancipatum collata eſt, *in d. l.* 2. in hoc ſitam eſſe contendit, ut illo caſu legitima tantum, hoc ſolidum revocetur. Verum iſtud prorſus commentitium & arbitrarium eſt: vel

S

quia illo potius casu donatio ex ratione iuris nulla & invalida in solidum revocanda erat: vel potius quoniam in hoc oppositio cōsistit, quod illo casu remedio ordinario, per officium arbitri famil. erciſc. hoc autem extraordinario remedio querelæ, utroq; autem casu usq; ad legitimam revocatur. Illud enim falsum est quod Ant. Fab. ait, donationem universi patrimonii in filium f. collatam, habere instar cuiusdam dispositionis ultimæ: quoniam aut idem erit, si donatio collata sit in emancipatum, aut si instar voluntatis ultimæ est, tanto magis revocabitur in solidum contra d. l. 2. neq; vero diversitas remediorum hanc inducit diversitatem, ut aliâs pro parte, aliâs in solidum donatio revocetur. Alius textus est *in l. 5. C. de inoffic. donat.* ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necessum est relinqui liberis non ingratis ad submovendam inofficiosi querelam. Neque hic sufficit quod Ant. Fab. respondet donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoq; initio inspecto donationem inofficiosam fuisse: quoniam satis est donationem postea propter natos liberos inofficiosam fieri, ut liberis querela detur, de cuius natura, si est, ut donatio in solidum revocetur, quod Ant. Fab. existimat, etiam hoc casu eund. effectum habebit, & ead. hic ratio revocantis & liberorum est: ut prorsus ineptum sit, quod Ant. Fab. affirmat, ex isto textu subtiliter inspecto sententiam suam probari. Accedit textus *in l. 7. C. eod. tit.* ubi dicitur revocari quod immoderate gestum est: quamvis hic cavilletur Ant. Fab. totum revocari quod immoderate gestum est non quatenus immoderate gestum est, Optimus in hanc rem textus est *in l. 8. in f. pr. C. d. tit.* ubi dicitur quod donatum est, pro ratione quartæ diminui. Respondet hic Anton. Fab. intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam: ideoque quatuor liberos ibi matrem reliquisse fingit, ita frigide, ut ampliori refutatione opus non sit: *& in d. l.* 8. adjecta comparatio querelæ inofficiosi testamenti non ad quantitatem sed ad jus revocandi pertinet. Illud autem Fabro prorsus dignum, quod in subsidium, si responsio ipsius non placeat, verba, *pro ratione quartæ*, expungenda contendit: quo admisso etiam verbum sequens *diminuetur*, fuerit expungendum. Facit deniq; textus *in l. un. C. de inoff. dotib.* ubi pariter dicitur, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, adversus dotem immodicam liberis actionem dari, ut iis emolumenta debita

bita conferantur: illud ipsum scilicet quod *in l. 5. C. de inoff. donat.* debitum bonorum subsidium appellatur.

Ex adverso pro sententia Tr. & Ant. Fabri affertur 1. quod ead. videtur esse ratio querelæ inofficiosæ donationis & inofficiosi testamenti, tum quod *in l. 1. 6. 7. & 8. C. de inoff. donat.* utraque querela confertur, tum quod *in l. ult. Cod. eod. tit.* prorsus inter se comparari videntur. Respond. verba textus uti à Tr. allegantur, quod in omnibus duæ istæ querelæ sint exæquatæ, se non habere, sed quod querela hæc omnibus ad similitudinem inofficiosi querelæ legibus sit introducta: omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela disposuerunt, vel pro omnibus quibus inofficiosi testamenti querela concessa est: & dicitur causa esse utriusque querelæ vel una vel similis & eadem temporibus & moribus: nimirum ut Accurs. hoc explicat, quod utraque quinquennio finiatur, & utraque exceptione ingratitudinis commissæ excludatur: quomodo etiam comparatio utriusque *in l. 6. C. d. tit.* & alibi, videlicet secundum quid non absolute accipienda est. Illa vero inepta consequentia est, quam deducit Ant. Fabr. *ex l. 4. Cod. eod.* quod pariter cesset querela inofficiosæ donationis, ubi aliud remedium superest. Et est non obscura inter utramque querelam differentia, tum quod altera ad impugnandam ultimam dispositionem, altera contra actum inter duos perfectum & absolutum datur: tum quod per exheredationem liberis iniuria infertur, tum quod querela inofficiosi testamenti sub colore furoris intentatur, & testamentum tanquam à furioso conditum evertitur: Deinde obiicit Anton. Fabr. *l. 4. Codic. de contrah. emt.* qua mirifice sententiam suam confirmari ait. Respon. committi fallaciam vitiosæ explicationis, quoniam non necesse est, ut propterea omnia bona revocari dicamus, sed ex illis quantum ad legitimam sufficit, siquidem prædia illa à filio iterum donata, de quibus *in d. l. 4.* tractatur utique inter omnia bona fuerunt: & cum ibi principaliter alia quæstio tractetur, non potest ille locus ad decisionem huius quæstionis sufficere. Sed præcipue facere pro Ant. Fab. videtur *l. Titia Seio 87. §. Imperator. 3. de legat. 2.* ubi rescribitur donationem inofficiosam ab avia in nepotem collatã pro dimidia revocari. Resp. quod licet Ant. Fabro etiam alii licere, itaq; pro dimidia ibi substituendum esse, quarta, & ponendũ matrẽ habuisse filiũ & ex eo ne-

potem adeoque ex bonis donatis nepoti, à filio quartam partem avocari. 2. Eod. rursus iure quo Ant. Fab. ponam ibi fuisse filium, & ex alio prædefuncto filio nepotem, itaque intelligi ibi dimidiam non omnium bonorum, sed dimidiam legitimæ. Quod si enim Fab. contra usum juris *in l. 8. Codic. de inofficios. donat.* quartam intelligit non legitimam, sed quartam ab intestato debitam & quatuor ibi liberos superstites fuisse fingit, etiam nobis dimidiam de portionis legitimæ dimidia interpretari, & duos liberos fuisse præsupponere licebit. 3. respondent Dd. ex verbis *d. §. 3. intervertendæ querelæ, &c.* quod ibi donatio inofficiosa fuerit non tantum re sed etiam consilio & proposito, quam distinctionem referunt ex antiquis *Accurs. in l. 1. C. de inoff. don. Bart. in d. l. 87. §. Imperator. de legat. 2. Tiraquell. in l. si unquam. 8. Codic. de revocand. donat.* verbo, *totum*, *Iason in auth. unde si, C. de inoff. donat.* ubi tamen magis probat opinionem alteram *in f. d. authent.* quod etiamsi re & consilio inofficiosa fuerit donatio, pro ratione quartæ tantum revocetur, 4. facit pro d. explicatione *l. 87. §. 3. de legat. 2.* quod ibi proponitur donatio inofficiosa collata non in extraneum, sed unum ex liberis, quo casu recepta omnium Dd. sententia est, donationem in solidum non revocari per *l. si totas 5. C. de inoff. donat.* Et ergo concludemus, donationem inofficiosam tantum pro quantitate legitimæ revocari, neque adeo hac in re jus novum constitutum à Justin. *in N. 92.* ubi hoc ita de donatione inofficiosa in liberos collata disponit: qua in re etiam *Ant. Fab. 3. coniect. c. 17. in f.* offendere videtur, dum putat hoc constitutum esse ad instar actionis ad supplementum: quoniam utcunque alii liberi nihil prorsus acceperint, tamen tantum usque ad legitimam donationem revocare possunt. Denique & hoc addendum, errare Fabrum & Tr. qui omnes Dd. tanquam dissentientes allegant: quoniam *Bart. in d. l. Titia. 87. §. 3. de legat. 2. num. 1. in f.* si donatio inofficiosa fraude & re talis & in extraneum collata sit, in solidum revocari affirmat, quam etiam opinionem fere communiorem esse testatur *Ias. in d. auth. unde si. C. de inoff. testam. in f.* licet ipse ibid. ab ea opinione recte faciat secessionem.

THESIS VIII.

Hactenus de donatione propria.] Imo & de impropria, videlicet.

cet remuneratoria & propter nuptias quædam attigit supra th.1.& 2.In genere autem impropriam appellat, quæ fit sub conditione & modo: sed jam supra monuimus, impropriam donationem varie accipi & modo magis modo minus talem esse: veluti si quis alicui magnam summam pecuniæ donet, ut ipsius causa leuiculum aliquod negotium expediat, non dubitarim donationem potius puram habendam esse. Proponit autem duas quasi species donationis impropriæ, aliam quæ fiat sub conditione, aliam quæ sub modo: ubi verbum conditionis latius accipiendum est, quia comprehenditur etiam donatio mortis causa, quæ in se habeat conditionem: quamvis non esse perfectam hanc divisionem vel hinc appareat, quod donatio remuneratoria quam Tr. statim donationis impropriæ speciem facit nec modum nec conditionem habet: & generalius forte dicemus, eam donationem impropriam esse, quæ fit vel per modum contractus innominati, vel in quandam compensationem.

Porro quod ad conditionem attinet, fallacia ambiguitatis in eo verbo latet: quoniam conditio simplex quæ suspendit tantum obligationem, veluti, si navis ex Asia venerit, donationem impropriam non facit: eoq; hoc modo facta donatio, vel potius de donando conventio aut nulla est, quatenus conditionem pendentem adhuc consideramus, aut vera & propria donatio est: quod & dici possit in casu sub eiusmodi conditione factæ traditionis, siquidem & mutuum sub conditione dari potest *l. 8. de reb. cred.* Atquin in descriptione donationis impropriæ, conditionem pro pacto vel lege dandi aut faciendi accipit Treu. adeoq; iniuriam facit Accurs. qui *in cit. l. 1. de donat.* de conditione simplici & proprie dicta, obligationem suspendente, diserte loquitur.

De donatione autem remuneratoria an sit propria nec ne, & an opus habeat insinuatione, & cuiusmodi merita esse oporteat, tractatum est thes. 2. & otiosam hic repetitionem facit Treutl.

Hinc sequitur.] Sequi hinc ait Tr. castrum diversis temporibus duobus à principe donatum, cedere priori. Atquin quomodo hoc ex præmissis inferatur, ego nullus intelligo, cum hoc nihil prorsus cum donatione impropria habeat commune: neq; sat rationis erat, ob quam castri potius, quam alterius cujuscunque rei.

faceret mentionem. Porro aut ponimus priori etiam rem traditam, & idem ius est in privato: aut posteriori traditam, cum duobus diverso tempore promissa esset: & hic aut falsum erit quod prioris ius potius sit, aut falsa erit à Tr. subjecta ratio, quod princeps utatur iure privatorum: quoniam certum est, ex duobus quibus diverso tempore res vendita vel donandi causa promissa est, eum cui prius retraditur, esse iure communi potiorem *l. quoties. 15. C. de rei vind.* & stante igitur opinione Tr. quod potior sit cui res prius promissa fuit, licet posteriori prius tradita sit, necessario sequitur, quod princeps hac in re non iure communi, sed speciali iure utatur, & nimirum quod ex sola promissione de donando ante traditionem dominium transferatur: quod ex Dd. tradit *Gail. 2. obs. 55. Francisc. Caldas in comment. ad l. 3. Cod. de restitut. in integr. minorum. num.* 109. ita ut priori contra posteriorem rei vindicatio concedatur: imo amplius dicendum erit, quod & cit. loc. Gail. probat, posteriorem concessionem esse prorsus nullam, ut adeo traditio sequuta non possit operari effectum, quod alias absurdum esset, si conventionem præcedentem validam esse statueremus. Et potest illius sententiæ ratio duplex reddi 1. quod ut Gail ait princeps circumventus per importunitatem, & prioris donationis oblitus posteriorem donationem fecisse videtur. 2. quod alias princeps quodammodo contrahere videretur crimen stellionatus, quod scilicet committere dicuntur, qui rem aliquam duobus vendunt aut pignori obligant, & quod duos de eodem feudo investiens incidat in hoc crimen tradit *Schrad. p. 5. cap. 2. nu.* 23. Quin & 3. facere videntur, quæ de constantia fide & veritate principis cumulat Gail. & denique 4. citata à Gail. & Treutl. *l. ult. Cod. de locat. præd. civil.* ubi constituitur, ut quod semel à principe alicui concessum est, constanter etiam penes ipsum relinquatur. Sed non deest tamen fortassis, quod istis reponatur: & dici potest ad primum, nihil hoc facere ad impediendum translationem dominii, neque aut in donatario dolus & circumventio multo minus in principe oblivio præsumi debet, sed potius iusta & legitima causa mutatæ voluntatis, & quod alia ratione priori satisfacere cogitet. Ex quo removetur altera ratio, quoniam iusta causa excludit crimen stellionatus, & in principem non cadit doli aut turpis lucri suspicio, sine quibus stellionatus crimen non contrahi-

trahitur: ex quo etiam dubitari possit, an omnino ille qui duobus rem donat, quia nullum hic potest captare lucrum, incidat in crimen stellionatus. Hinc etiam removetur tertia objectio, quoniam ex justa causa princeps voluntatem mutare potest: & princeps non Deus est sed homo, ut inepta sint quæ plurima Dd. de qualitate & excellentia principis cumulare solent. Ad 4. respondeo dupliciter, tum quod *in d.l. ult.* non tantum de concessione principis, sed etiam comitis privati ærarii tractetur, tum quod in terminis possessio jam translata proponitur. Et tanto minus probanda videtur ista sententia, quod Gail. post Dd. eam limitat, ut tantum habeat locum in concessione gratiosa, non in aliis contractibus, quod scil. princeps in his utatur iure privatorum. Etenim quæ cumulat Gail. de fide veritate & constantia principis, etiam in contractibus locũ habent; nec propter eos qualitas principis mutatur. Ideoq; malim potius sequi sententias extremas, vel quod indistincte prior sit potior, quod defendit *Zas. in epitome feudorũ part. 5. n. 16. & 17.* vel quod indistincte princeps hic utatur iure privatorum, & in eo quoq; locum habeat *l. quoties 15. C. de rei vind.* & illam tamen priorem sententiam Zasii non dubitaverim, contra quam putat Tr. limitandã esse cum Gail. nisi expresse clausula derogatoria posteriori donationi & traditioni fuerit adjecta: quæ limitatio fundatur in potestate principis, & per clausulam eam tollitur ratio qua præcipue movetur Gail. quod princeps illicite & per importunitaté præsumatur circumventus: & potest alio modo & alio beneficii genere à principe tanquam liberalitatis quodam fonte, priori satisfieri: videtur autem hac in re aliud probare quam hic *Tr. inf. disp. 21. th. 5. lit. D.* & v. omnino de hac *quæst. Hartm. Pist p. 2. quæst. 29. n. 20. & seqq.* (ubi plurimos allegat) *Ias. & Dd. in l. quoties. 15. C. de rei vind. Schrad. de feud. p. 5. cap. 2. n. 19.* ubi multi citati, qui statuunt, posteriorem esse potiorem: quam sententiam etiam probant Jas. & Hart. Pist. cit. locis.

Quod si donatio.] Hic quoque à præmissis diversus casus: si donatio inter plures fratres ultro citroq; facta sit, ut superstites bonis defunctorum ad arbitrium tanquam suis utantur, non poterit, inquit Tr. postea ab uno vel altero fratre revocari, vel cũ effectu donari tertio aut extraneo, ita ut traditio quoque huic facta inefficax sit futura. Nihil hic videbatur necessum proponere fratres, quoniá subjectæ rationes etiam in aliis militant: cæterum quæstionis huius

decisio

decisio ex eo mihi pendere videtur, an hoc modo omnia bona in eventum mortis demum acquirenda, iure donationis inter vivos & irrevocabiliter donari possint. Equidem si per modum constituti res jam translatæ sint, & dominium alteri acquisitum, donatario vindicatio competet contra tertios in quos donator res aliquas transferre conatus est. Sed posito casu donationis suspensæ in tempus mortis, adeoque manentis dominii penes donantem, non video quomodo in alium collata donatio impediri, & qua actione donatario primo consuli possit: & utcunque donatorem heredem habere proponas, nullas hic quas cedat, habebit actiones, nec confecto inventario ad æstimationem rei in alium translatæ poterit conveniri, qui etiam jure suo quadrantem hereditatis detracturus est. Et itaque, cum alias donatio omnium bonorum exorbitans nec extendenda sit, ego contra Tr. dixerim, donationem hic propositam, pro mortis causa donatione, adeoque revocabili habendam esse, eamque quoad partem & rem quæ in alium translata est, satis hoc ipso videri revocatam: cum etiam donatio hæc tanto minus ferenda sit, quod domino adhuc existenti liberam & omnem adimat testandi facultatem. Neque movet quod Tr. remuneratoriam hanc donationem esse ait: quoniam imo proprie loquendo hoc falsum est, neque donatio remuneratoria & reciproca confundendæ sint: quinimo nec reciproca proprie hæc donatio est, cum & nihil in alium transferatur, nec ad utrumque, sed alterum tantum incertum quem, superstitem scilicet res perveniat, juxta notata supra hac disp. th. 4. lit. B. in pr. Multo minus movet ratio altera Tr. quod donatarius primus habeat titulum onerosum: quia imo proprie loquendo & hoc falsum est quia adhuc nihil dedit & nihil accepit: sed & nulla consequentia est, quoniam *l. 15. C. de rei vindic.* etiam eo casu obtinet quo prior titulus onerosus, posterior lucrativus fuit, propter potestatem traditionis, quæ per qualitatem istam tituli hic non enervatur. Et videatur colligi posse ex verbis Treutler. male acceptam ab eo sententiam *d. l. 15.* quasi liceat mihi per traditionem posteriori factam eludere conventionem priorem, enim vero hoc saltem operatur traditio, ut posterior dominus sit, salva priori actione ad interesse, imo etiam persecutione criminali, quod ita rem duobus vendens

dens in ſtellionatus & falſi crimen incidat *l. qui duobus. 21. ad L. Cornel. d falſ.*

LIT. B.

Nuptiarum cauſa.] Hic, ut promiſimus th. 1. de donatione hac quæ propter nuptias dicitur, ejuſque natura aliquid dicendum eſt. Et quidem olim donatio hæc propria fuit, in ſponſam tantum collata, eoque irrevocabilis, cui tamen poſtea Conſtantinus conditionem ineſſe voluit ſi nuptiæ fuerint ſequutæ: quo non facto, repetitionem conceſſit *l. cum veterum. 15. C. de donat. ant. nupt.* & hactenus quoque propria donatio eſt. Sed de illa hic tractatur quam Juſtin. à recentioribus principibus introductam, & veteribus prudentibus incognitam fuiſſe ait *in §. eſt & aliud Inſt. h. t.* ex quo tamen colligitur ſenſim ſpeciem iſtam donationis formatam & transformatam fuiſſe: ut primo omnimodo pura & propria eſſet donatio, & valida, utcunq; nuptiæ ſequutæ non fuiſſent: deinde conditionem hanc nuptiarum futurarum in ſe haberet, quibus ſequutis purificata donatione res pleno jure uxoris eſſent: denique ut in vicem dotis, quæ cõſiderato eventu lucro mariti non cedit, ubi poſtea ſolvitur matrimonium, donatio quoq; propter nuptias conſtituta intelligeretur, in qua non plenum dominij, ſed aliquod & p orſus limitatum jus uxor conſequeretur, & hoc præcipue duplex 1. ut eſſet donatio propter nuptias quaſi pignoris loco pro dote, ut loquitur *Salic. in l. ſi conſtante C. ſol. matrim.* 2. ut ad rationem & proportionem dotis, quæ in caſum præcipue mortis marito vel tota vel pro parte quæritur, uxor in donatione propter nuptias commodum & lucrum ſentiret, ut apparet ex *Nov. 61. c. 1. in pr. & §. 1. N. 91. c. 2. & N. 97. c. 1.* cæteroquin ſi nihil pactum vel uxor præmortua ſit, regulariter donatio propter nuptias ad heredes mariti vel ipſũ maritum, ſicut ex adverſo dos ad uxorem revertitur, *cap. ult. de donat. int. vir. & uxor.* Unde eſt quod uxor ex pacto jus exigendi donationem propter nuptias etiam conſtante matrimonio, marito ad inopiam redacto, habet *l. ubi. 19. C. de iur. dot. N. 97. cap. 6. §. 1.* Et hic effectus & uſus præcipuus eſt huius donationis, non autem prior: poſtquam Juſtin. uxori pro dote hypothecam in omnibus bonis mariti dedit, niſi quod utile eſt ſpecialem inſuper habere hypothecam *arg. l. 2. qui potior. in pign. & l. 2. C. de pign.* quoniam hæc

strictius obligat, ut notat *Schneidevv. in § est & aliud. 3. Inst. de donationum. 5.* Et potest igitur rei ita donatæ possessio esse penes uxorem & tamen ut sit, minimè necesse est, vel hoc argumento, quod rerum ita donatarum fructus constante matrimonio non uxor, sed maritus acquirit, ut rectè tradit *Schneid. d. loc. n. 4. in f. Rittersh. ad Nov. part. 5. c. 1. n. 10.* idq; amplius suadetur duplici ratione, 1. quia non uxor sed maritus sustinet onera matrimonii, pro quib. fructus dotis lucratur. 2. quia aliâs frustra dotem acciperet maritus, postquam ex N. 97. donatio propter nuptias ratione quãtitatis & ratione pactorum omninò æqualis doti esse debet. Nec quicquam obstat N. 22. *c. 33.* quoniam ut rectè hoc explicat Accurs. accipienda est de casu ubi donationẽ propter nuptias in usufructu cuiusdã rei constituit vel maritus vel nomine eius alius, qui scil. ususfructus non obstante dispositione mariti, post mortem eius, pertinet ad uxorem. Sed an rei propter nuptias donatæ dominium transit ad uxorem? Hoc quidem citatis locis affirmant Schneidvv. & Rittersh. argumento ducto ab effectu, quod cum uxori detur rei vindicatio *d. l. 29. C. de iure dot. N. 97. c. 1. & N. 61. c. 1. § 1. vers. non enim*, eam dominam esse cõsequi videtur *arg. l. 23. in pr. de rei vind.* Sed opinio hæc mihi nõ videtur esse vera, 1. quod saltẽ jus aliquod in donatione hac, & in eventum soluti matrimonii partem aliquam accipit uxor: neq; ratio patitur, ut eandem hic conditionem dotis & donationis propter nuptias statuamus. 2. quia Justin. etiam dominium mariti in dote prope infirmavit *in l. 30. C. de iur. dot.* ut tanto minus donationis hujus dominium uxori sit asserendum. 3. quia non necesse est rem actualiter tradi uxori, & citra traditionem, non nisi specialibus quibusdam casibus dominium transire potest. 4. quoniam cum hæc donatio tantum fiat ad effectum, ut jus pignoris & proportionata ad dotẽ lucra mulier cõsequatur, non videtur esse habilis causa transferendi dominii. 5. facit quod uxor fructus ex re ita donata nõ acquirit: & deniq; 6. quod *in N. 61. c. 1. in pr.* nominatim prohibetur maritus rem ita donatam alienare vel oppignorare, qui actus aliâs ipso iure essent nulli, si uxori dominium quæsitum esset: neque illa prohibitio ad merũ factum referri potest (quod probabile videatur *ex fin. pr. d. N. 61. c. 1.*) quoniam factum ipsum impedire lex nequit, sed judicem intervenire necessum est. Neq; obstat, quod ex citatis textibus de vindicatione uxori concessa affertur: vel quia ver-

verbum vindicationis improprie & pro quacunq; petitione accipi potest: vel quia ea non ex mero jure & directa, sed ex æquitate utilis vindicatio est, quæ uxori accommodatur: idque confirmatur ex ipsa, quæ alterius opinionis est fundamentum, Nov. 61. in cuius *cap. 1. vers. non enim*, Justin. ait non immoderate fecisse quosdam judices, qui etiam in rem actionem mulieribus post matrimonium solutum in sponsalitia largitate dederint, quod postea ab aliis judicibus fuerit contemtũ: ut colligere liceat, non tam nativam, quam dativam esse eam actionem, quam etiam nullus judicum negare potuisset, si uxori ordinario jure dominium acquisitum fuisset: quo posito, sicut marito rerum dotalium, ita uxori propter nuptias donatarum etiam constante matrimonio vindicatio concedenda fuisset, contra *d. N. 61. c. 1.* Et hæc donatio initio arbitraria fuit, id est aut nulla, aut minor dote constituta, esse potuit: sed Justin. æqualem donationem doti esse voluit *auth. æqualitas Cod. de pact. convent.* à qua constitutione recessum esse & experientia testatur, & notat *Schneidevv. ad §. 3. Instit. de donat. Mynsing. ad §. fuerat. Institut. de action. num. 20. Gail. lib. 1. obs. 36. num. 10. & lib. 2. observ. 78.* Ead. constitutione amplius constituit Justin. ut etiam pacta utrinque super lucris sint æqualia omnimodo, cum ante juxta N. 22. satis esset æqualia esse in quota, ut scilicet utrinque v. c. de tertia vel quarta parte paciscerentur, quomodo mulieri maiorem quantitatem dotis afferenti iniquam conditionem illatam fuisse d. N. 97. ait Just. Sed & amplius ead. N. 97. hoc constituit Just. ut non tantum initio, sed etiam omnimoda esset æqualitas, & quandocunque aucta dote pariter etiam donationem propter nuptias augeri oporteret. Illud autem semper obtinuit, ne possit augeri donatio propter nuptias non aucta dote: quod hoc incidit in speciem prohibitæ donationis inter conjuges.

Poterit ea revocari.] Proponit remedium quo donatio facta sub modo aut conditione revocatur, nõ præstito eo de quo conventũ est, videl. condictionẽ causa data: quæ tamen non recte à Tr. simpliciter & indefinite accõmodatur ad donationẽ ꝑpter nuptias, utpote cui tum demũ locus esse potest, ubi post rẽ traditã nuptiæ nõ fuerunt sequutæ. Cæteroquin apparet ex allegatis à Tr. hic agi de donat. quæ incidit in causam contract⁹ innominati: hacten⁹ scil. ut nõ quidẽ ex pœnitentia simplici, q̃ naturę donationis repugnat, sed

Quando donatio sub modo revocetur.

propter fidem ruptam detur vel condictio vel ut conventioni satis fiat, actio præscriptis verbis, quam competere Tr. ait ad implendam conditionem donationis: abutens nimirum verbo conditionis pro eo, quod ut daretur vel fieret, conventum fuit: sicut & quod ad implendum actioné eam dari ait, intelligendum non præcise, neque de eiusmodi coactione præcisa accipiendi citati textus *in l.28.h.t.& in l.9.& 22.C.eod.* siquidem actio præscriptis verbis natura sua ad interesse datur *l.5.§.1.de præscript.verb.* quod & notat *Azo in summa Cod.de donat.quæ sub mod.*

Rei autem donatæ.] Exceptio hæc est ad illud, quod in thesi de condictione dixerat: quoniam in casu hic proposito donationis factæ sub conditione alimentandi etiam rei vindicatio donatori datur: quod probatur non ex *l.1.C.de donat.* ubi tamen etiam in casu singulari traditorum instrumentorum, donatario actio in rem datur, sed *ex l.1.C.de donat quæ sub modo*, ubi hoc singulare esse notat Salicet. quod condictio concurrat cum rei vindicatione, quę actiones diversa & fere contraria principia & intentiones habent: ideoque recte notant *ibid.gl. Bart.& Cyn.* quod hæc in rem actio magis videatur dativa quam nativa, & non directa sed utilis: nisi quis existimaverit potestate legis resolvi donationem, ut retro donator semper dominus fuisse videatur, ut videtur Salicet. existimare *in d.l.1.* sicut hoc etiam potestate pacti, addictionis in diem & commissorii, contingit.

Recte autem ait Tr. esse hoc speciale, scilicet favore alimentorum, quæ ead. communis sententia est, probata *à gl. Cyn. Salicet. ibid. Azone in summa C.eod.ibid.* nec video dissentire *Gothofred. ad eand. l.1.C.de donat.quæ sub modo.* quamvis non recte videatur Tr. istum casum facere unicum & solum; nam & datur ex communi sententia vindicatio ex causa *l.si unquam C.de revoc.don.& in specie l.2.C.de don. quæ sub mod.* ut in summa C.eod.tit. Azo annotavit.

THESIS IX.

LIT. A.

Donationis impropriæ species ita non inconcinne constitui posse videntur, quod vel fiat mortis causa vel inter vivos, ut vulgo loquuntur, quæ species docendi causa appellari potest compen-

sato-

ſatoria, eaq; duplex reſpiciens vel præteritũ vel futurũ. Ad illã pertinet donatio reciproca, cujus iterũ ſpecies eſt donatio propter nuptias (ſub qua generalius ſumtis verbis aliqui conſtitutionem dotis comprehendunt) & remuneratoria, juxta tradita th. 2. lit. A. Ad hanc, quæ futurum reſpicit pertinet ea quæ incidit in ſpeciem contractus innominati, do ut des, vel do ut facias.

Hac autem theſi tractatur de donatione mortis cauſa, cujus hanc formam eſſe conſtat, ut fiat intuitu mortis, non tamen neceſſario *ſuæ*, quod verbum incautè addidit Tr. in theſi, ſed etiam alterius, ut expreſſe docet *l. mortis*, 18. *in prin. de mort. cauſ. donat.* Et hæc donatio dupliciter diſtinguitur juxta *l. 2. de mort. cauſ. donat.* 1. quod vel per eam transfertur dominium & ſublato periculo vel ſequuta pænitentia datur condictio: vel non transfertur, & etiam vindicatio donatori ſupereſt. 2. quod aut fit propter periculum certum ex propinquo imminens, vel propter incertum mortis eventum, & ut loquitur JCtus *d. l. 2.* ſola cogitatione mortalitatis: ea videlicet non in mente retenta, ſed expreſſa.

Et hinc quod donatio mortis cauſa ſola mortalitatis cogitatione fieri poſſit, confirmari videtur quod Tr. hic tradit mortis donationem præſumi, ſi mentio mortis facta fuerit: cum præſertim, mortis intuitu fieri, ſpecificam & propriam huius donationis conſtituat differentiam & formam. Quod limitat Treut. niſi contraria donantis voluntas appareat, quoniam ſemper potior voluntatis quam verborum habetur ratio. Ex qua ipſa à Tr. probata limitatione contra Tr. *in verſ. adiectio autem*, concludere licet cum *Clar. in § donatio quæſt. 4. Schneidevv. in §. 1. Inſt. de donat. num. 3. & 4.* ſi donator qui mortis mentionem fecit, adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem, eam non pro mortis cauſa ſed pro donatione inter vivos habendam eſſe. Etenim cum juxta *l. 2. de mort. cauſ. donat.* ex huiuſmodi donatione vel non tranſeat dominium, vel ſub tacita conditione tranſeat, non poteſt eſſe donatio cauſa mortis, in qua dominium pure omni jure revocandi excluſo tranſlatum eſt. Accedit quod de donationis huius eſſentia eſt, ut donator ipſe malit rem habere quam donatarium §. 1. *Inſtitut. de donat.* quod de donatione iſto modo facta prædicari non poteſt. Et prorſus non videri poteſt mortis cauſa, id eſt propter mortem & periculum imminens, donaſſe, qui facultatem omnem revocandi ad

Si q[ui]s adjicit clausulam se nullo jure revocare velle, est donatio inter vivos.

ſe rem donatam ſibi ademit. Et præter has rationes confirmatur hæc ſententia textu expreſſo *in l. ubi ita. 27. de mort. cauſ. donat.* ubi in terminis licet facta mortis mentione, tamen propter iſtud pactum donationem inter vivos eſſe reſpondetur. Et vero ſi pacta contractui perfecto in continenti adjecta, aliquando operantur contractus transformationem in alium vicinum contractum, iuxta tradita ſupra *part. 1. diſp. 6. th. 10.* quando magis pactum hoc efficiet, ut donatio habeatur ſimplex & propria: quamvis *ex d. l. 27.* defendi poſſe videatur, quod non tam tranſmutetur donatio, ut loquitur Tr. quam ab initio ſit donatio inter vivos, ut rem ipſam potius, quam verba conſideremus: cum ſalvo manente pacto, nec alia quidē interpretatio ſumi poſſit. Idque amplius arguitur ab effectis *per d. l. 27.* ex qua eiuſmodi donatio nec Falcidiam patitur, nec inter conjuges valet: quod utrumque in donatione mortis cauſa ſecus ſe habet. Sed duo loca à Tr. huic ſententiæ obiiciuntur 1. *Nov. 87. in pr. & cap. 1.* ubi Juſtin. expreſſe ſtatuit adiici poſſe donationi mortis cauſa renuntiationem facultatis revocandi. Ad hunc textum varie & quatuor modis reſponderi poſſe animadverto. 1. Tres eſſe cauſas, ex quibus revocari poteſt hæc donatio, duas ex parte donantis, pœnitentiam & periculi ſublationem, tertiam ex perſona donatarii, ſi hic durante adhuc periculo præmoriatur. Ceſſante iure revocandi quocunq; horum caſuum, non poteſt eſſe donatio cauſa mortis, ſed ſi vel duobus vel uno ſaltem caſu poſſit revocari, donatio mortis cauſa adhuc eſſe & dici poteſt: atquin quæſtio eſt de adiecto pacto in definito de nō revocando & ita ut nullo caſu revocetur, ut proponitur *in l. 27. de don. mort. cauſ.* quem ipſū textum pro diſſentientibus citat Tr. Juſt. autem in d. N. 87. loquitur de facultate revocandi per pœnitentiam. Deinde reſpondeo donationem aut fieri per traditionem, aut ſubſiſtere in terminis ꝓmiſſionis: & hæc fieri poſſit cum pacto de non revocando, hoc effectu ut demum poſt mortem donatarius rem accipiat. 3. dici poteſt, donationem mortis cauſa eſſe vel nominalem vel realem, & aliam ſecundum eſſe aliā ſecundum dici, quomodo relata à logicis diſtinguuntur: vel ꝙ nō longe abit, donatio mortis cauſa dici poteſt eſſe alia regularis, alia irregularis & q̄ donationis huius notiſſimos excedat terminos, quomodo de depoſito loquitur JCtꝰ *in l. 24 & 26. depoſiti.* 4. Reſpondetur quod d. N. 87. ad deciſionem cauſarū

in fo-

in foro vix allegari posse videatur, quoniam non extat in vulgata editione, sed est ex numero prætermissarum, reliquis inserta à recẽtioribus. Alter locus est *ex l. si alienam. 13. §. 1. in f. iuncta l. senatus. 35. §. 4. in f. de mort. caus. don.* ubi dicitur donari posse mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio Resp. vel ut antea quod sit donatio mortis causa nomine tenus non revera: vel potius quod explicetur ab ipsis JCtis & restringatur, ut non possit revocari nec si convaluerit donator, salvo adeo iure revocãdi ex pœnitẽtia, vel si donatari⁹ fuerit ꝑmo: tuus: & facit quod in dd. loc. tractatur de casib. diversis quib. ꝑpter mortẽ vel donantis vel donatarii revocetur donatio mortis causa. Et hãc sententiã etiam probat *Wes. in par. d. mor. cau. don. in f.* & cõfirmat *Ias. in l. non omnis 19. in pr. de reb. cred. col. 2. per tot.* cui non obstat exemplum testamenti, quod omnimodo revocari potest: quia nemo sibi ipsi legem dicere potest, si cum alio nihil agit, quod secus est in donatione mortis causa: ideoq; si ponas donationem hãc posse conferri in ignorantem, facile hic cum Tr. sentiam. Nec obstat *l. 54. §. 1. Locati.* quia ibi supersunt alii modi quibus alias si pactũ non fecisset expelli potuisset, *arg. l. 3. C. Locat.* quod hic secus est. obj. 2.

Neque sufficit.] Negat ad præsumendam mortis causa donationẽ sufficere, quod donator in periculo mortis tũ forte constitutus fuit cum donaret: ita enim legendum est, nõ, *cum moreretur.* Et ergo verba simplicia plus operari videntur quam ipsa res, quoniam Tr. statuit donationem mortis causa præsumi si tantum mortis mentio fiat, licet donator non sit in periculo constitutus. Et sane videri possit, qui eo usq; donare distulit, non fuisse donaturus, si periculum mortis abfuisset, de quo utiq; qui prope mortem est vel periculum imminens ante oculos habet, cogitasse, ideoq; mortis causa donationem fecisse præsumi potest. Ideoq; non immerito fortassis quis existimaverit, ex circumstantiis hac de re iudicandum, & arbitrio judicis id permittendum esse, quæ tamen circumstantiæ nisi sint urgentes cum Tr. potius pro donatione pura & propria respondendum erit, propter *l. 42. §. 1. h. t.* quæ tamen loquitur de donatore cõstituto in extremis in quo non potest prӕsumi voluntas revocandi: cæterum citati *Dd. in l. quæ dotis 33. solut. matrim.* obiter aliquid de donatione mortis causa agunt, hanc autem quæstionem nec ex professo nec solidè tractant, quin potius prorsus non tractant.

In hac donatione.] Quæritur an in donatione mortis causa requiratur

An regula Gifschia donatarij

[st]atur præsentia donatarii. Quod negat Tr. *cum Hottom. 8. observ. 16.* sed haud scio an non hic cavillatio quædam aut fallacia admittatur: quoniam non simpliciter quærendum est an in absentem conferri possit hæc donatio, sed simul an in absentem ignorantem: quomodo etiam recte formavit hanc quæstionem *Schneidevv. in §. 1. Inst. h. tit.* & meo iudicio recte negavit: quoniam si ignoranti etiam recte fieret, vix aliquid amplius superesset, quo à legatis mortis causa donationes distinguerentur, & ut paulo post notatur, ita facta donatio in nullo prorsus contractibus comparari posset, quod eius naturæ repugnat. Et debet utique manere quod essentiale est omni donationi, & sine quo donatio re vera ita dicta consistere non potest, ut sit actualis rei translatio vel saltem de transferendo conventio. Et idem Schneidew. cit. loc. recte tradit, quod hactenus conveniat donatio mortis causa cum donatione quæ dicitur inter vivos, ut utraque fiat vel per traditionem, vel per conventionem, & hanc vel stipulationem vel nudum pactum. In casu traditionis necessum est vel ab ipso donatore & donatario coram vel per intervenientes personas rem nomine ipsorum offerri vel acceptari. Stipulatio sine dubio utriusque præsentiam requirit: sed pactum etiam inter absentes per nuntium vel epistolam perfici potest. Et cum igitur haud dubie Dd. etiam nudo pacto donationem mortis causa fieri posse existiment. *gl. ad prin. Instit. de donation. Ang. Aretin. ibid. n. 3.* ubi communiter hoc teneri ait, (ut falso imputetur à Tr. Dd. commun. aut ambigue, quod requirant præsentiam donatarii) non negabunt, quod fieri possit absenti, sed negabunt, quod fieri possit ignoranti: quandoquidem pactum in materia donationis idem hodie operatur quod stipulatio: idque videtur significare velle *Bart. in l. inter mortis. 38. h. t.* ubi ait donationem fieri vel recta vel per interpositam personam: ut proinde nihil ad rem faciat citata à Tr. *l. 11. §. 2. de donat. int. vir. & uxor.* quæ scilicet probat, per interpositam personam donationem mortis causa acceptari posse: *v. plurimos citatos à Gomezio 2. resol. 4. nu. 19. vers. secundo infero*, qui statuunt, etiam donationem mortis causa fieri recte pacto, & ex eo nasci actionem: & ipse ibid. non satis sibi constans affirmat, si fiat in absentem, non interveniente nuntio vel epistola, non esse donationem mortis causa, sed potius legatum: quod verissimum est. Et sententiæ huic ita explicatæ nihil obstat

d. l. in-

*d.l.inter mortis.*38.*de mort.cauſ.donat.* ubi dicitur mortis cauſa donari quod præſens præſenti dat, Etenim reſpondeo, vel quod poſſit ſuo modo dici præſens, qui per interpoſitam perſonam aliquid facit, vel quod JCtus ibi proponat quod accidit frequentius, ſiquidem eo tempore donatio nudo pacto fieri non poterat: vel quod ibi donatio mortis cauſa opponatur capionibus, quæ alio prorſus ignorante capiunt eſſentiam: cum etiam argumentum à contrario ſenſu non valeat contra rationem aut textum: cæterum ſi verba captamus, ex eo quod JCtus *in d.l.*38. tradit, mortis cauſa donari, quod præſens præſenti dat, efficietur donationem mortis cauſa in terminis ſtipulationis ſubſiſtere non poſſe contra *l.*11.§.2. *de donat. int. vir. & uxor. l.*2.*Cod. de mort cauſ. donat.* quoniam ad eſſentiam mortis cauſa donationis, non neceſſum eſt conditionem dari ex pænitentia vel ſublato periculo: cum enim ita donari poſſit, ne dominium tranſeat *l.*2.*de mort. cauſ. donat.* etiam ita poterit, ut res ipſa maneat penes donantem, qui verbis mentem ſuam declarare & revocare poterit donationem, ut donatario ex ſtipulatu actio non detur. Ex quibus apparet fruſtra laborari ab *Hottoman.* 8. *obſerv.* 18. in emendanda & reſtituenda *d.l.*38. *de mort. cauſ. donat.* quæ nulla prorſus emendatione eget. Neque obſtat ſententiæ noſtræ *l. cum pater.* 77.§.*donationis.*26.*de legat.*2. quia ibi donatio ſecundum verba ita appellata, propter voluntatem defunctæ, ſuſtinetur jure fideicommiſſi. Video tamen *Gomeſium* 2.*reſolut.*4.*num.*19. *Caſtrenſ. in l. non omnis.*19.*in princ. de reb. cred.* agnoſcere etiam donationem mortis cauſa collatam in ignorantem: Sed quod ipſi agnoſcunt, illa prorſus non aut vix differt à legatis.

LIT. B.

Legatis æquiparatur.] Per omnia donationem mortis cauſa legatis æquiparari ait *Iuſtin. in* §.1. *Inſtitut. de donat.* ſed ita ut ſtatim limitet & adiiciat particulam, *fere.* Et præcipua hæc differentia eſſe videtur, quod iuxta jam dicta donatio mortis cauſa non confertur in ignorantem, & hactenus ea ſapit naturam cuiuſdam contractus & conventionis non ultimæ voluntatis. Ex quo fieri videtur quod filiusfam. non teſtari nec legare, ſed tamen conſenſu patris mortis cauſa donare poteſt: & hinc porro quod donatio mor-

tis causa etiam ab ipso donatore, sed legatum qua tale semper ab herede præstatur; quod donatio mortis causa valet, utcunque donatoris hereditas adita non fuerit, *Gomez. 2. resolut. 4. num. 19. vers. tertio infero.* ubi in vers. seq. addit, quod mulier ex statuto prohibita contrahere sine consensu viri, sine eius consensu mortis causa donare possit: & ibid. quod pro hac donatione non detur actio ex testamento. Illa paulo remotior differentia est, quod accusans testamentum perdat legatum non mortis causa donationem: quoniam hæc testamento non relinquitur, & simplici morte confirmatur, quod notat *Schneid. in §. 1. Inst. h. t. inf.* ubi etiam addit hanc differentiam, quod donatio mortis causa revocetur ipso jure per reconvalescentiam, non autem legatum, de quo paulo inferius hac thesi dicemus. Addit his differentiis alias etiam *Accur. in d. §. 1. Inst. de don.* quod in legatis tempora plura, in donatione hac tantum mortis tempus inspiciatur *l. in mortis. 22. de mor. caus. donat.* quod ad has donationes non pertineat interdictum quod legatorum, de quo paulo post dicemus: quod legatum annuum sit multiplex sed stipulatio annua mortis causa una & simplex *l. 35. §. ult. de mort. caus. donat.* quod ex hac donatione etiam ipse donans, ex legato solus heres obligetur: quæ posteriores differentiæ confirmant, quod donatio mortis causa ad contractus naturam accedat *d. l. senatus. §. 3. de mort. caus. donat.*

Et in his quidem differunt: in multis autem vicissim conveniunt: veluti quod revocantur pænitentia & confirmantur morte, quod non indigent insinuatione, quod opus habeant quinque testibus, quod etiam à donatario mortis causa aliquid relinqui potest *l. ab eo 9. C. de fideicommiss.* quod in donationibus mortis causa locum habet Falcidia *l. 5. C. ad l. Falcid.* quod in iis locum habet jus accrescendi *l. un. §. hac autem 14. C. de caduc. tollend.* quod ex causa huius donationis dominium ipso jure transferatur, ut notat *Schneidew. in §. 1. Instit. de donat. numer. 24. ex l. 1. inf. cum l. seq. de public. in rem act.* per plures adductos *à Gomez. 2. resol. 4. n. 17.* quod testamento everso per bonorum possessionem contra tabulas, sicut legata, ita donationes mortis causa exceptis personis conservantur *l. 3. in pr. d. legat. præstand.* quod sicut legatariis, ita & mortis causa donatariis substitui potest *l. 1. C. de mort. caus. donat.* quod in donationibus causa mortis, habeat locum cautio Mutiana *Gomez. d. loc. num. 16. vers. quinto*

infero : quod in iis reijcitur conditio impossibilis ibid. quod ego (tum quia cessat favor ultimarum voluntatum, & quia alterius cõsensus accedit) falsum puto: plane si ponas donationem hanc conferri posse in absentem & ignorantem, hoc casu nullam prorsus affinitatem habere potest cum contractibus, quod & notat Gomez. d. loco, in eo peccans, quod talem donationem mortis causa admittit, quæ licet ita nominetur à morituro, nihil tamen nisi legatum esse potest.

Etiamsi ab intestato.] Ait Tr. comparationem illam procedere legatorum cum donationibus mortis causa, etiamsi hę ab intestato factæ sint. Equidem videri possit, si natura sua & per se comparantur legatis, non posse mutari naturam earum, quod ab intestato factæ sunt: sed tamen ex adverso, cum legata ab intestato non relinquantur, neque ab intestato revera legata & donationes mortis causa inter se comparari posse videntur, quod & diserte traditur à JCto *in l. si filius. 20. §. 1. d. legat. præst.* nullam ab intestato donationum causa mortis, cum legatis esse comparationem. Sed hic considerandum 1. quod hodie legata sint exæquata fideicom. quæ ab intestato recte relinquuntur. 2. Utcũq; ab intestato nulla relinqui legata p̃supponamus, hoc tamen quæri posse, an ꝙ obtinet in legatis testamento relictis, etiam in donationibus mortis causa habeat locum, & ut in hypothesi disputemus, an L. Falcid. in donationibus mort. caus. quas intestatus fecit, habeat locum. Et constat quod initio ad causam testamenti tantum pertinuit Falcidia, postea producta ad causam intestati *l. 18. ad L. Falcid.* itemq; ad donationes causa mortis *l. 5. C. eo.* quod tamen tantum ad casum testamenti facti restringit *Cuiac. 3. obs. 17. inf.* sed mutata in melius sententia 20. *obs. 6.* in casu quoq; intestati Falcid. in donationibus mortis causa admittit: ubi tamẽ nõ probo quod hoc demũ effectum ait constitutione Gord. *in l. 2. C. de mort. cau. don.* qui constitutionẽ Severi *in d. l. 5. C. ad l. Falc.* ꝓduxit ad causam intestati. Etenim nihil habẽt cõmune donationes mortis causa cũ testamẽto, eoq; postquã Falc. ad causã intestati *l. 18. ad L. Falc.* & ad donationes mortis causa ꝓducta fuit, nihil interesse potest an testamẽto facto an nõ facto mort. caus. quis donaverit. Neq; ex eo, quod *in d. l. 18.* dicitur propter fideicom. productã fuisse Falcidiam ad causam intestati, efficere possis, non nisi in fideicommissis ab intestato Falcidiæ locum fuisse: quamvis non im-

merito suspicari quis possit Falcidiam primo ad fideicommissa, & postea ad donationes mortis causa productam fuisse: & alias per donationes mortis causa facile L. Falcid. eludi potuisset. Sed non levem hic scrupulum mover, quod JCtus in paulo ante cit. *l.* 20. §. 1. *de bon. poss. contra tabb.* nullam ab intestato donationum mortis causa & legatorum comparationem esse ait, idque non in verbis sed in effectu & re ipsa positum esse ostenditur, quod filium ibi emancipatum non posse queri ait, ubi donationes mortis causa ab intestato factæ sunt, qui tamen queri potest ubi pater testamentum fecit, ut ita perspicue causam testati & intestati distingui appareat. Et dicendum est, comparationem ibi intelligi secundum qu d. Nimirum ex edicto illo prætoris legata conservantur certis personis ubi petita est bonorum possessio contra tabulas, ut tamen salva sit emancipato portio virilis, quam si legata excedant, hactenus à personis exceptis, veluti parentibus & liberis, ut portio suppleatur, conferri oportet, quod etiam personis illis institutis observatur *l. nam secundum.* 7. *de legat. præstand.* & porro in donationibus mortis causa idem obtinere ait JCtus *in d. l.* 20. *in pr.* si videlicet testamentum fecerit pater, non autem si intestatus decesserit, & bonorum possessio unde liberi fuerit petita, quod scilicet hic nulla occurrat donationis mortis causa cum legatis comparatio. Ut hinc appareat non ideo negari comparationem quod ibi nulla fuerint data legata vel fideicommissa, nam & in præcedenti specie ubi testamentum factum erat, tantum mortis causa donationes factas fuisse proponit JCtus, sed quia edictum de legatis præstandis tantum in casu testati, ubi testamentum per possessionem contra tabulas evertitur, propositum fuit: quod non absurde produci potuit ad eum casum ubi mortis causa donatum fuit ab eo qui testamentum fecerat, sed non ad casum intestati. Et hinc recte notat Accurs. si donationes sint inofficiosæ, cessante licet edicto de legatis præstandis, non cessare tamen querelam inofficiosæ donationis.

Vltimus autem.] Ait donationem mortis causa magis esse affinem ultimis voluntatibus quam contractibus: quod ipsum affirmat male citatus *Boer. cons.* 34. *num.* 4. licet *ibid. nu.* 12. alteram opinionem fateatur esse magis communem, ad quod tantum allegatur à *Clar. quæst.* 5. Quod autem ex parte Clarum sequi ait, significat

cat distinctionem quam *ibid. Clar. & ex Dd. d. consf. 34. num 4. & 5. refert Boer.* & probat *Gomez. 2. resolut. 4. num. 16. in princ.* inter ordinationem confirmationemque, & inter effectum: illius intuitu magis contractibus, huius, magis ultimis voluntatibus comparari. Sed non animadverto, quomodo illud simpliciter (secundum quid enim admitti potest, quatenus donatio mortis causa, ut diximus, fit inter duos) affirmari possit, siquidem solennitas quinque testium, quæ in donatione mortis causa requiritur, utique pertinet ad ordinationem: cæterum si intelligatur modus, ut ita loquar essentialis, verum est hoc intuitu contractibus esse proximiorem, quoniam ut supra dictum, traditione vel conventione, & hac vel stipulatione vel nudo pacto perficitur: in cæteris magis sapit naturam ultimæ voluntatis, quod ex differentiis & convenientiis paulo ante relatis colligere licet.

Ex his sequitur.] Infert Tr. inter eos fieri posse hanc donationem, inter quos testandi legandique jus est. Quæ regula procedit affirmative, non negative: quoniam filiusfam. qui neque testari neque legare, mortis tamen causa patre permittente donare potest: qua in re fatendum est, donationem istam ad naturam contractuum accedere, quia voluntates ultimæ ex alieno arbitrio pendere non possunt.

Donare itaque.] Porro infert, quod minor qui testamentum facere & legata relinquere potest, etiam mortis causa donare possit. Ratio dubitandi est, quam Wesembec. à Treut. citatus affert, quod hæc donatio ratione personæ forma & origine sit similis contractibus. Sed responsio facilis est. 1. hoc simpliciter dictum falsum esse, & præcipue propter jus revocandi & pænitendi. 2. quod nulla sit consequentia, ex sententia Tr. quam passim defendit, quod minor etiam ex contractu obligari civiliter possit. Mihi, ut paucis agam, distinguendum videtur, inter modos quibus hæc donatio fiat & perficiatur: & hoc scilicet modo, ut res tradatur & dominium transferatur *l. 2. vers. aliam de mort. caus. donat.* minorem donare posse negabo, & forte etiam, ut saltem possessio sub conditione acquirendi dominii transferatur: cæterum in eventum mortis, stipulato promittendo vel nudo etiam pacto donare eum posse admittam.

Bonis mortis causa.] Jam ante hoc notavimus, & certi juris

ut donatio fieret in ſcriptis. 2. quod juxta gl. accipienda ſit de caſu, quo lex ſcripturam requirit, videlicet ubi donatio excedit quingentos ſolidos. Et omnino ibi non ſancitur, quod ſcriptura requiratur, ſed ubi ſcriptura requiritur, forma conficiendi inſtrumenti præſcribitur.

Hodie pro maiori cautela.] Hoc intelligendum eſt de ſolennitatibus ſpecialibus requiſitis à jure Saxon: etenim inſinuatio jure civili deſiderata non poteſt dici pertinere ad majorem cautelam, quippe quæ indiſtinctè requiratur: niſi forte Tr. reſpexit conſtitutionem juris novi *in l. ult. Cod. h. tit.* ſecundum quam ſufficiunt quinque teſtes citra inſinuationem, quæ adhibita firmiorem facit donationem.

LIT. E.

Quinque testes sunt adhibendi.

Modo quinque teſtes.] Affirmat Tr. quod in omni donatione mortis cauſa etiam infra quingentos ſolidos quinque teſtibus ſit opus. Duplex hic occurrit diſquiſitio, tum ratione modi quo fit donatio, tum ratione obiecti, videlicet eius quod donatur: & hoc dupliciter, tum quia donatur vel res ſingularis vel univerſitas, tum quia donatio vel excedit quingentos ſolidos vel non excedit. Ubi univerſitas donatur vel quid aliud ultra quingentos ſolidos, procul dubio quinque teſtibus opus eſt: quoniam, quod omnino notandum, Juſtin. introduxit ut ſufficerent quinq; teſtes etiam non facta inſinuatione, adeoque ſolennitatem illam quinque teſtium pro minus operoſa habuit, quam inſinuationis apud acta: quod ipſa *l. ultim. Cod. de donat. mort. cauſ.* verba, perſpicue oſtendunt, & ipſa ſuadet ratio, & exemplum teſtamenti, quod ſeptem teſtes requirit, aliasque ſolennitates, & tamen apud acta recte conficitur: adeoque quocunque modo facta ſit donatio mortis cauſa, ſi excedat ſummam illam, citra inſinuationem, aut quinque teſtium ſolennitatem non valebit: quoniam licet favorabilior videri poſſit mortis cauſa donatio, & quæ facilius propter jus revocandi valere debeat, nobis tamen à generali regula & definitione *tum l. ultim. Cod. de donat. mort. cauſ.* tum *l. 25. Cod. de donat.* recedere non licet, cum præſertim ex adverſo obiici poſſit, quod donationes mortis cauſa in eventum mortis collatas proclivius homines faciunt, quas adeo certius quoque probari oportet.

Quod

Quod si autem donatio infra quingentos solidos consistit, non immerito dubitari possit, & an hæc præsentia quinque testium habeat opus. Si ponimus, quod Treutler. probare videtur supra hac thesi, litera A, in fin. donationem hanc in absentem etiam & ignorantem collatam fuisse verius erit meo judicio, & hic quinque testibus opus esse, quod donatio ita facta, non possit conferri aut comparari cum contractu, sed omninò hac in re legatis & fideicommissis similis erit. Quod si j xta tradita dicta litera A. in F. donatio hæc non perficitur, nisi per modum contractus, videri possint non necessarii quinque testes in donatione mortis causa, quæ est infra quingentos solidos: ex hac satis probabili ratione, quod Justin. *in l. ultim. Cod. de mortis causa donation.* in locum insinuationis, quæ antea necessaria erat, introduxit solennitatem quinque testium: & ergo ubi ante Justin. non opus erat insinuatione, ibi nec post eum quinque testibus opus erit. Atqui ante Justinian. in casu summæ minoris non opus erat insinuatione: Ergo, &c. Quod vel maximè obtinebit in ea donatione, quæ traditione perficitur, cum ea quæ in nudis terminis promissionis subsistit, propius ad naturam legatorum accedat, & post mortem donantis quasi instar legati petatur. Sed tamen in hac etiam specie, istud quod *dixi*, defendi posse videtur, quoniam hactenus imitatur naturam contractus, &, quod fundamenti loco statuendum est insinuatio non nisi propter summas excedentes introducta est. Et quamvis ex verbis *dict. l. ultim. Cod. de mortis causa donation.* colligi posse videatur & inferri, quod ubicunque & quæcunque donatio mortis causa comparatur ultimis voluntatibus, in ea requirantur quinque testes, difficile autem dictu sit, eas tantum donationes quæ excedunt quingentos solidos, legatis vel ultimis voluntatibus comparari: attamen sententia potius & mens Justin. consideranda videtur, & occasio, qua motus fuit ad eam constitutionem promulgandam: quæ occasio colligitur *ex princ. dict. l. ultim.* quod erant qui simpliciter necessariam putabant insinuationem: quorum sententiam improbans Justin. sufficere vult quinque testes: nemo autem videtur fuisse, qui in donatione non excedente quingentos solidos insinuationem necessariam esse putaret, eo quod indistinctè insinuatione in casum excessivæ donationis opus esse,

legibus erat constitutum. Et facit, quod ipse Iustin. *in l. donationes*, 25. *C. de donat inter virum & uxor.* donationes inter coniuges, & à patre in filium fam. collatas, quæ instar legatorum morte confirmantur etiam sine insinuatione usque ad quingentos solidos, validas esse constituit: eodemq; facit, quod *in d. l. ult.* donatio mortis causa cum quinque testibus, videtur conferri cum donatione inter vivos quæ actis insinuata est, qua insinuatione donatio nō excedens quingentos solidos opus non habet: & aliàs constitutio nova non est facile extendenda. Non obstat etiam, quod ita sequeretur facilius confirmari donationem mortis causa, quæ instar ultimæ voluntatis esse dicitur, quam donationem inter vivos, quoniam hæc ultra 500. solidos omnino requirit insinuationem. Etenim respōderi potest, hoc fieri propter specialem constitutionem Iustin. qui in quacunque mortis causa donatione excessiva voluit sufficere quinque testes: & hoc fortassis propter qualitatem actus, quam ultimis voluntatibus aggregavit Iustin. & facit quod & olim quoad validitatem actus, eadem donationis utriusque, inter vivos & mortis causa, ratio fuisse videtur *l. donatio.* 25 *C. de donationib.* hactenus *ex l ultim. C. de donat. mort. caus.* diuersa, quod in ista specie sufficiunt quinq; testes. Sed nihil affirmo.

Illud autem mirum mihi videtur, quod improbat Schneidevvinum, hoc nomine, quod hic insinuationem loco testium substituat: quoniam hinc colligere licet existimare Treut. ad confirmandam mortis causa donationem non sufficere, insinuatam eam esse apud acta, sed præcisè requiri quinque testes: quoniam ita Schneidevv. improbatus *in* §. I. *Institut. de mort. caus. donat. numer.* 14. tradit, donationem mortis causa ultra 500. solidos valere sine insinuatione, modo adfuerint quinque testes, sed si quinque testes deficiant, ut donatio valeat, insinuatione opus esse. Quæ sententia sicut verissima, ita altera, quæ insinuationem sufficere negat, & omninò quinque testes requirit, (quæ ex verbis Treutl. necessario infertur, vix autem ulli interpretum in mentem venit) procul dubio falsissima est: tum per expressa verba *d. l. ultim. Cod. de mort. caus. donat.* ex quibus apparet plus esse insinuare apud acta, quam adhiberi tantum quinque testes, & hunc modum à Iustin. tanquam faciliorem præscribi: tum quia, ut paulo superius dictum, testamen-

mentum, quod septem testes & alias multas solennitates requirit, tamen per insinuationem apud acta perficitur *l. omnium. 19. ubi Dd. communiter. C. de testam.* & ipse Treutl. lit. præced. insinuationi plus tribuere videtur, dum ait in iis locis, in quibus jus Saxon. viget, pro maiori cautela, donationes mortis causa apud acta insinuari.

LIT. F. & G.

Sub his literis agitur de modis quibus aut resolvitur aut revocatur donatio, quorum jam supra tres esse diximus, duos ex parte donantis, pœnitentiam & periculi cuius intuitu donatio facta fuit, sublationem: unam ex parte donatarij, si hic ante donatorem præmoriatur. Duos proponit Tr. in thesi, tertium, sublationem periculis in allegatis sub lit. F. Et de singulis, quoniam res expedita satis non videtur, ordine est videndum: & 1. de pœnitentia sive mutatione voluntatis, quam inter modos revocandi refert *Iustin. in §. 1. Inst. de donat. & ICtus in l. qui mortis, 30. de mort. caus. donat.* quo etiam referri solet *l. 13. §. 1. eod. ibi si iam mutata voluntate* quamvis Accurs. ea verba pro conditione & pacto donationi inserto accipiat: quoniã proponuntur ibi varii & variè informati donandi modi, veluti ut res nullo modo reddatur si prior decesserit donator, id est, nec ex pœnitentia quidem, & ut liceat revocare, etiamsi prius contigerit decedere donatorẽ, si videlicet eum pœnitentia cepisset. Illud cõtra ius ordinarium, hoc secundum ius ordinariũ, quo pœnitentiæ locus est, cui tamen pacto derogari potest. Qua in re *Wes. in par. de mort. caus. don. n. ult.* à Tr. hic citatus nõ rectè percepisse videtur sententiam Accurs. quasi hic simpliciter per pœnitentiam donationẽ mortis causa revocari posse negasset: contra quam expresse statuit *Accurs. in d. l. qui mortis. 30. de donat. mort. caus. & in l. non omnis, 19. de reb. cred.* ubi ad hoc probandum adducit *d. l. 30. de mort. caus. don. & d. §. 1. Inst. de don.* ubi tres supra relati casus tanquã diversi proponuntur. Porrò ex hoc capite pęnitentiæ duplicem proponit actionẽ ICtus *in d. l. 30.* condictionem & in rem actionẽ: & cum absurdus videatur istarum actionũ concursus, nec contra eum, in quẽ dominium translatum est, vel simpliciter in istis terminis contra quemcunq; actio in rem danda sit, videri possit, quod de actione in rem *in d. l. 30.* dicitur, ad eum casum restringendum esse, quo quis ita mortis causa donavit, ut ne dominium transiret, *iuxta l. 2. de mort. caus. don.*

Sed resistit huic explicationi tum generalitas textus in dict. l. 30. tum quod ibi utilem tantum in rem actionem proponit Jureconsultus, quæ utique directa esset, si dominium penes donantem mansisset: ut speciale esse videatur in hac donatione, quæ sub tacita conditione, quam in se habere intelligitur, resolvi quodammodo videatur: cum etiam propter ipsam mortis adjectionem perfecta donatio, & perfecta translatio dominii ante mortem donatarii sequi non posse videatur. Et fortassis interest, an quæratur de actione danda donatori contra tertium possessorem, contra quem scilicet utilem in rem actionem accommodasse videntur Iureconsulti, quod iniquum existimarent, facto donatarii rem in alium transferentis donatorem re sua privari, quam in alium donatione non pura sed per adiectionem mortis modificata, & ex pœnitentia aliisque causis revocabili, contulisset. Illud plane non obstat, quod de concursu harum actionum obiicitur: vel quia, ut notatum ad thesin præcedent. in f. & tradit Bartolus *in dict. l. qui mortis. 30. de mortis causa donation.* utilis vindicatio cum condictione concurrere potest, veluti in materia acquisitionis dominii ex iure gentium non semel contra eum, qui mero iure dominus est, utilis in rem actio dari dicitur: & ut recte notat Cuiac. *ad l. si filiofamil. 23. de mortis causa donat. tractat. 2. ad African.* diversitas intentionis tollit contrarietatem, & in omni condictione petitur res tanquam aliena, licet alio modo & respectu etiam tanquam propria utiliter vindicari possit. Et hæc scilicet pertinent ad casum, quo res donatario tradita fuit, ad quem dubio procul pertinet *dict. l. 30. de mortis causa donation.* quod si in terminis possessionis donatio substiterit, declaratio mutatæ voluntatis hoc operabitur, ut postea mortuo donatore, si agat donatarius, exceptione repellatur. Illa enim perquam absurda & mirabilis mihi videtur opinio, quod ex donatione mortis causa, etiamsi traditio sequuta non sit, rectâ dominium transferatur, ut tradunt *gloss. Bartol. Castrens. in dict. l. 30.* & sequitur communemque dicit opinionem *Gomez. 2. resolut. capit. 4. numer.* 20. qui non animadvertunt, plerumque & fere regulariter ex causa donationis huius rem traditam fuisse. Neque obstat *l. 2. de public. in rem act.* nam præterquam quod textus ille cum præcedent. l. 1. non satis bene cohærere videtur, de quo alibi agitur, apparet

patet utique ad casum mortis sequutæ illum locum pertinere, citati autem Doctores ad ipsum donatorem rem & dominium antea translatum, ipso iure redire ponunt, ut opinio eorum de casu mortis donato is accipi non possit: estque adeo tanto absurdior hæc opinio, quod sive cum contractibus donationem hanc conferas, ex illis citra traditionem dominium non transfertur, sive cum legatis, ex his non nisi post mortem testatoris dominium transferri constat. Et nimirum ad terminos istos non factæ traditionis referri oportet quod Treutlerus subiicit, & ante *Gomez. dict. capit.* 4. *num.*18. tradidit Iason *in l. non omnis*, 19. *de rebus cred. col.*3. tacitam revocationem pro expressa haberi, vel potius etiam ex præsumta pœnitentia & mutatione voluntatis donationem mortis causa revocari, veluti si rem donatam, aut verius promissam saltem citra necessitatem urgentem alienaverit, *argum.* §. *si rem.* 12. *Institut. de legat.* neq; enim dubium est *in d.* §. 12. agi de alienatione vera quæ fit per traditionem, quam facere non potest, qui ante rem ex causa donationis in alium transtulit.

Necesse tamen est.] Necesse tamen esse ait, ut declaretur voluntas testatoris: quod si conjungas cum præcedenti, quod pœnitentia donationem revocari dixerat, inepta efficietur sententia: quoniam pœnitentia aut mutata voluntas nulla potest esse sine declaratione voluntatis, quæ fiat vel verbis, vel factis, ut ipse Treutl. paulò ante tradidit. Sed existimaverit quispiam à Treutl. hoc referri ad modum alterum, videlicet restitutionem sanitatis, aut sublationem periculi: sed ita vitiose hæc connectentur, (necesse tamen est ut donatoris declaretur voluntas, eo enim solo quod sanitati restitutus est, non censetur revocata donatio) etenim ita modus pœnitentiæ & convalescentiæ coincident in modum unum, qui tamen perspicuis textibus juris, & ab ipso Treutl. distinguuntur. Sed quicquid Treutler. senserit, videamus de altero illo modo revocandi donationem, si convaluerit donator, vel potius magis generaliter, periculum, cuius intuitu donatum est, fuerit sublatum, iuxta *l.*29. *de mortis causa donat.* Et quidem *Ias. in dict. l.*19. *de rebus credit. col.*1. *& ibid. Paul. Castrens. Gomes. d. cap.*4. *num.*19. *vers. tertiò quæro.* ipso jure donationem revocari statuunt, cuius sententiæ à qua discedit Treutler. quis sit effectus considerare oportet. Et si

casum ipsius donatoris viventis constituas, effectus videtur in genere, ut resoluta donatione, dominioque reverso actio in rem ipsi detur: quamvis ex utili tantum actione quæ ipsi datur iuxta *l.29.& 30.hoc titulo.* revera & verum dominium ad ipsum non redire colligi videtur: cæteroquin an sola restitutione sanitatis resolvatur donatio, an declaratione voluntatis, quam requirit Treutl. opus esse dicamus, parum aut nihil in hoc casu interesse videtur: quoniam cum ex sententia ipsius Treut. etiam præsumta revocatio locum habeat, qui sive condictionem sive actionem in rem movet & instituit, satis superque hoc ipso voluntatem suam de revocanda vel revocata potius donatione declarat. Verum si donatorem post sublatum periculum cuius intuitu donatum erat, alio casu nulla declaratione voluntatis præcedente decessisse proponas, recipit res dubitationem: quoniam sive traditione sive promissione facta sit donatio, quæritur an hæres rem à defuncto traditam condicere, vel donatarium petentem exceptione repellere possit. Quod utrumq; negare videtur Tr. tum ait non sufficere periculũ sublatum esse, sed requiri declarationem mutatæ voluntatis. Cui obstare videtur, quod ita pœnitentia & restitutio sanitatis videantur simul coincidere, cum tamen isti casus opponantur, tanquam diversi, ut proinde videri possit, quod operatur pœnitentia, id etiam solam restitutionem sanitatis operari debere. Sed hic fortassis responderi possit, pœnitentiam hactenus esse separatum modum, si ab ea incipiatur, ut licet durante adhuc periculo ea sola sufficiat, nec verò propterea solam quoq; convalescentiam idem operari citra declarationem voluntatis, quæ etiam intercedit ubi donator vivus sublato periculo repetit rem donatam. Verum hic replicare licet, quod imò illi quos supra proposuimus, modi, ita inter se distinguantur, ut singuli ad resolvendam vel revocãdam donationẽ per se sufficiant, & adeo quod operatur pœnitentia, hoc ipsum potestate conventionis operetur convalescentia, & sub conditione periculi imminentis donatum, sublato periculo repetatur, & tanquam deficiente conditione sub qua donatum est, cõdictio semel nata vel retinendi ius etiam ad hæredes transmittatur: quod in casu pœnitẽtiæ secus est, quæ merè est personalis: quamvis hactenus ista rectè comparentur, quod post declaratam voluntatem & pœniten-

nitentiam ostensam quæsita condictio in hæredes transmittatur. Et facit quod hactenus donatio mortis causa est similis dationi ob causam, in qua ex capite pœnitentiæ & etiam cessationis actio & condictio datur, sublato autem periculo cessat causa, eoque condictionem natam esse fateri oportebit: quod tantum non disertè traditur *in l. non omnis, 12. in princ. de rebus credit.* quod scilicet in casum sublati periculi nascatur condictio, & donatarius ad restituendum obligetur. Cæterum Treutler. de hæredibus, & an ad eos transeat condictio, nō tractat, ut quæ eius sententia sit, non satis liquido intelligi possit. Et siquidē in terminis superstitis ipsius donatoris loquamur, & an quoad ipsam donatio pro revocata habeatur, quæramus, videatur hoc positum esse aut in argutia aliqua, (quoniam utiq; si donator ipse experiatur, satis mutatam voluntatem declarat) aut in subtilitate quadam & apicibus iuris consistere, an videlicet actio vel condictio existere incipiat & nasci post mutatam demum voluntatem, an statim post restitutam sanitatem aut sublatum periculum; quod posterius ego contra Tr. verius esse puto, quod ex solo capite cessantis & sublati periculi actio nascatur, per text. ad hoc expressum *in d. l. 19. de reb. cred.* Nec quicquam ad rem faciunt textus à Tr. citati, & nimis illud longè petitum *ex l. sancimus, C. de testam.* stare adhuc intelligi quod mutatum non est & *ex l. 22. de probat.* ei incumbere onus probandi, qui mutatam voluntatem esse dicit. Etenim non hic tractatur de actu vel effectu qui per voluntatis mutationem inducatur, ita ut re vera Treutl. principium petat, sed potestate conventionis actionem nasci dicimus, quæ semel nata & donatori quæsita etiam in hæredes transmittetur: non tantum si expresse hoc adjectum sit, ut restituta sanitate res reddatur, in quibus terminis minus est dubitationis, sed etiam ubi simpliciter periculi contemplatione res fuit donata: & nimirum quod omninò pro limitatione addendum est, intuitu periculi certi & definiti, non autem incerti & generalis, veluti si quis sola mortalitatis cogitatione fecerit donationem, iuxta *l. 2. de mortis caus. donation.* cuius limitationis liquida & certa ratio est, quod periculum hoc in genere à donatario consideratum nunquam sublatum dici potest: & hæc distinctio & limitatio ita traditur *à Gomez. 2. resolut. cap. 4. numer. 19. Schneidevv. in §. 1. Instit. de donat. nu. 21. Ias. in d. l. non omnis, 19. in princ. de reb. cred. & ibid. Castrens. n. 3.* Et

secun-

ſecundum hæc cautè & commodè accipiendum & explicandum eſt quod cit. Dd. tradunt, ipſo iure revocatam eſſe donationem: quoniam neque ex condictione neq; utili in rem actione, quæ donatori competunt *l.29.& 30. h.t.* hoc rectè inferri poteſt.

Lit. G. proponitur tertius modus per quem revocatur donatio, ſi donatarius ſit præmortuus, cuiuſmodi eadem ratio eſt quæ præcedentis, ubi periculum eſt ſublatum. Quod autem de condictione & utili in rem actione adiicitur in extremo ſatis jam ante eſt explicatum: ut tamen hoc ſaltem notetur, non tantum condictionem ob cauſam dati, ſed etiam & forte magis, condictionem ſine cauſa locum habere, de quarum actionum natura alibi tractatur.

A D

AD DISPVT. XX.

De
RERUM DIVISIONE ET ADQVIRENDO EARUM DOMINIO.

Respondente

CHRISTIANO COPIO, DANTISCANO.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

ANte omnia hic de divisione rerum, quod primum est hujus disputationis caput, videndum erit. Et Treutl. ita dividit, quod sint vel divini juris, & hæ nullius in bonis, veluti res sacræ, sanctæ & religiosæ: vel humani juris, quæ plerumque sint in bonis, eæque vel privatæ vel publicæ, quæ rursus vel communes, vel in specie publicæ. In quibus divisionibus hæc notari possunt, 1. quod res quæ dicuntur actu nullius, veluti feræ bestiæ, nulla earum parte continentur, nisi forte eo detorquere velis verba, *plerumque in bonis*: sed parum subtiliter, vel quia eiusmodi verba in divisionibus sunt vitiosa, vel quia illud non est membrum divisionis, sed descriptio rerum humani juris. Et hinc 2. quod descriptio rerum divini juris, quod

An recta 3 (?) ... donatarii

tatur præſentia donatarii. Quod negat Tr. *cum Hottom.8.obſerv.18.* ſed haud ſcio an non hic cavillatio quædam aut fallacia admittatur: quoniam non ſimpliciter quærendum eſt an in abſentem conferri poſſit hæc donatio, ſed ſimul an in abſentem ignorantem: quomodo etiam recte formavit hanc quæſtionem *Schneidevv. in §. 1. Inſt. h. tit.* & meo judicio recte negavit: quoniam ſi ignoranti etiam recte fieret, vix aliquid amplius ſupereſſet, quo à legatis mortis cauſa donationes diſtinguerentur, & ut paulo poſt notatur, ita facta donatio in nullo prorſus contractibus comparari poſſet, quod eius naturæ repugnat. Et debet utique manere quod eſſentiale eſt omni donationi, & ſine quo donatio re vera ita dicta conſiſtere non poteſt, ut ſit actualis rei translatio vel ſaltem de transferendo conventio. Et idem Schneidew. cit. loc. recte tradit, quod hactenus conveniat donatio mortis cauſa cum donatione quæ dicitur inter vivos, ut utraque fiat vel per traditionem, vel per conventionem, & hanc vel ſtipulationem vel nudum pactum. In caſu traditionis neceſſum eſt vel ab ipſo donatore & donatario coram vel per intervenientes perſonas rem nomine ipſorum offerri vel acceptari. Stipulatio ſine dubio utriuſque præſentiam requirit: ſed pactum etiam inter abſentes per nuntium vel epiſtolam perfici poteſt. Et cum igitur haud dubie Dd. etiam nudo pacto donationem mortis cauſa fieri poſſe exiſtiment. *gl. ad prin. Inſtit. de donation. Ang. Aretin. ibid. n.3.* ubi communiter hoc teneri ait, (ut falſo imputetur à Tr. Dd. commun. aut ambigue, quod requirant præſentiam donatarii) non negabunt, quod fieri poſſit abſenti, ſed negabunt, quod fieri poſſit ignoranti: quandoquidem pactum in materia donationis idem hodie operatur quod ſtipulatio: idque videtur ſignificare velle *Bart. in l. inter mortis.38. h. t.* ubi ait donationem fieri vel recta vel per interpoſitam perſonam: ut proinde nihil ad rem faciat citata à Tr. *l. 11. §. 2. de donat. int. vir. & uxor.* quæ ſcilicet probat, per interpoſitam perſonam donationem mortis cauſa acceptari poſſe: *v.* plurimos citatos à *Gomezio 2. reſol. 4. nu. 19. verſ. ſecundo infero*, qui ſtatuunt, etiam donationem mortis cauſa fieri recte pacto, & ex eo naſci actionem: & ipſe ibid. non ſatis ſibi conſtans affirmat, ſi fiat in abſentem, non interveniente nuntio vel epiſtola, non eſſe donationem mortis cauſa, ſed potius legatum: quod veriſſimum eſt. Et ſententiæ huic ita explicatæ nihil obſtat

d. l. in-

*d.l.inter mortis.*38.*de mort.cauſ.donat.* ubi dicitur mortis cauſa donari quod præſens præſenti dat, Etenim reſpondeo, vel quod poſſit ſuo modo dici præſens, qui per interpoſitam perſonam aliquid facit, vel quod JCtus ibi proponat quod accidit frequentius, ſiquidem eo tempore donatio nudo pacto fieri non poterat: vel quod ibi donatio mortis cauſa opponatur capionibus, quæ alio prorſus ignorante capiunt eſſentiam: cum etiam argumentum à contrario ſenſu non valeat contra rationem aut textum: cæterum ſi verba captamus, ex eo quod JCtus *in d.l.*38. tradit, mortis cauſa donari, quod præſens præſenti dat, efficietur donationem mortis cauſa in terminis ſtipulationis ſubſiſtere non poſſe contra *l.*11.§.2. *de donat. int. vir. & uxor.l.*2.*Cod.de mort cauſ.donat.* quoniam ad eſſentiam mortis cauſa donationis, non neceſſum eſt conditionem dari ex pænitentia vel ſublato periculo: cum enim ita donari poſſit, ne dominium tranſeat *l.*2.*de mort. cauſ. donat.* etiam ita poterit, ut res ipſa maneat penes donantem, qui verbis mentem ſuam declarare & revocare poterit donationem, ut donatario ex ſtipulatu actio non detur. Ex quibus apparet fruſtra laborari ab *Hottoman.* 8. *obſerv.* 18. in emendanda & reſtituenda *d.l.*38. *de mort. cauſ.donat.* quæ nulla prorſus emendatione eget. Neque obſtat ſententiæ noſtræ *l. cum pater.* 77. §. *donationis.*26. *de legat.*2. quia ibi donatio ſecundum verba ita appellata, propter voluntatem defunctæ, ſuſtinetur jure fideicommiſſi. Video tamen *Gomeſium* 2.*reſolut.*4.*num.*19. *Caſtrenſ.in l.non omnis.*19.*in princ.de reb.cred.* agnoſcere etiam donationem mortis cauſa collatam in ignorantem: Sed quod ipſi agnoſcunt, illa prorſus non aut vix differt à legatis.

LIT. B.

Legatis æquiparatur.] Per omnia donationem mortis cauſa legatis æquiparari ait *Iuſtin. in* §.1. *Inſtitut. de donat.* ſed ita ut ſtatim limitet & adiiciat particulam, *fere.* Et præcipua hæc differentia eſſe videtur, quod iuxta jam dicta donatio mortis cauſa non confertur in ignorantem, & hactenus ea ſapit naturam cuiuſdam contractus & conventionis non ultimæ voluntatis. Ex quo fieri videtur quod filiusfam. non teſtari nec legare, ſed tamen conſenſu patris mortis cauſa donare poteſt: & hinc porro quod donatio mor-

ris causa etiam ab ipso donatore, sed legatum qua tale semper ab herede præstatur; quod donatio mortis causa valet, utcunque donatoris hereditas adita non fuerit, *Gomez. 2. resolut. 4. num. 19. vers. tertio infero.* ubi in vers. seq. addit, quod mulier ex statuto prohibita contrahere sine consensu viri, sine eius consensu mortis causa donare possit: & ibid. quod pro hac donatione non detur actio ex testamento. Illa paulo remotior differentia est, quod accusans testamentum perdat legatum non mortis causa donationem: quoniam hæc testamento non relinquitur, & simplici morte confirmatur, quod notat *Schneid. in §. 1. Inst h t. in f.* ubi etiam addit hanc differentiam, quod donatio mortis causa revocetur ipso jure per reconvalescentiam, non autem legatum, de quo paulo inferius hac thesi dicemus. Addit his differentiis alias etiam *Accur. in d. §. 1. Inst. de don.* quod in legatis tempora plura, in donatione hac tantum mortis tempus inspiciatur *l. in mortis. 22 de mor. caus. donat.* quod ad has donationes non pertineat interdictum quod legatorum, de quo paulo post dicemus: quod legatum annuum sit multiplex sed stipulatio annua mortis causa una & simplex *l. 35. §. ult. de mort. caus. donat.* quod ex hac donatione etiam ipse donans, ex legato solus heres obligetur: quæ posteriores differentiæ confirmant, quod donatio mortis causa ad contractus naturam accedat *d. l. senatus. §. 3. de mort. caus. donat.*

Et in his quidem differunt: in multis autem vicissim conveniunt: veluti quod revocantur pænitentia & confirmantur morte, quod non indigent insinuatione, quod opus habeant quinque testibus, quod etiam à donatario mortis causa aliquid relinqui potest *l. ab eo 9. C. de fideicommiss.* quod in donationibus mortis causa locum habet Falcidia *l. 5. C. ad l. Falcid.* quod in iis locum habet jus accrescendi *l. un. §. hac autem 14. C. de caduc. tollend.* quod ex causa huius donationis dominium ipso jure transferatur, ut notat *Schneidew. in §. 1. Instit. de donat. numer. 24. ex l. 1. in f. cum l. seq. de public. in rem act.* per plures adductos *à Gomez. 2. resol. 4. n. 17.* quod testamento everso per bonorum possessionem contra tabulas, sicut legata, ita donationes mortis causa exceptis personis conservantur *l. 3. in pr. d. legat. præstand.* quod sicut legatariis, ita & mortis causa donatariis substitui potest *l. 1. C. de mort. caus. donat.* quod in donationibus causa mortis, habeat locum cautio Muciana *Gomez. d. loc. num. 16. vers. quinto*

infero : quod in iis reijcitur conditio impossibilis ibid. quod ego (tum quia cess.t favor ultimarum voluntatum, & quia alterius cōsensus accedit) falsum puto: plane si ponas donationem hanc conferri posse in absentem & ignorantem, hoc casu nullam prorsus affinitatem habere potest cum contractibus, quod & notat Gomez. d. loco, in eo peccans, quod talem donationem mortis causa admittit, quæ licet ita nominetur à morituro, nihil tamen nisi legatum esse potest.

Etiamsi ab intestato.] Ait Tr. comparationem illam procedere legatorum cum donationibus mortis causa, etiamsi hę ab intestato factæ sint. Equidem videri possit, si natura sua & per se comparantur legatis, non posse mutari naturam earum, quod ab intestato factæ sunt: sed tamen ex adverso, cum legata ab intestato non relinquantur, neque ab intestato revera legata & donationes mortis causa inter se comparari posse videntur, quod & diserte traditur à JCto *in l. si filius. 20. §. 1. d. legat. præst.* nullam ab intestato donationum causa mortis, cum legatis esse comparationem. Sed hic considerandum 1. quod hodie legata sint exæquata fideicom. quæ ab intestato recte relinquuntur. 2. Utcūq; ab intestato nulla relinqui legata pſupponamus, hoc tamen quæri posse, an ꝙ obtinet in legatis testamento relictis, etiam in donationibus mortis causa habeat locum, & ut in hypothesi disputemus, an L. Falcid. in donationibus mort. caus. quas intestatus fecit, habeat locum. Et constat quod initio ad causam testamenti tantum pertinuit Falcidia, postea producta ad causam intestati *l. 18. ad L. Falcid.* itemq; ad donationes causa mortis *l. 5. C. eo.* quod tamen tantum ad casum testamenti facti restringit *Cuiac. 3. obs. 17. inf.* sed mutata in melius sententia *20. obs. 6.* in casu quoq; intestati Falcid. in donationibus mortis causa admittit: ubi tamē nō probo quod hoc demū effectum ait constitutione Gord. *in l. 2. C. de mort. cau. don.* qui constitutionē Severi *in d. l. 5. C. ad L. Falc.* ꝓduxit ad causam intestati. Etenim nihil habēt cōmune donationes mortis causa cū testamēto, eoq; post quā Falc. ad causā intestati *l. 18. ad L. Falc.* & ad donationes mortis causa ꝓducta fuit, nihil interesse potest an testamēto facto an nō facto mort. caus. quis donaverit. Neq; ex eo, quod *in d. l. 18.* dicitur propter fideicom. productā fuisse Falcidiam ad causam intestati, efficere possis, non nisi in fideicommissis ab intestato Falcidiæ locum fuisse: quamvis non im-

merito ſuſpicari quis poſſit Falcidiam primo ad fideicommiſſa, & poſtea ad donationes mortis cauſa productam fuiſſe: & alias per donationes mortis cauſa facile L. Falcid. eludi potuiſſet. Sed non levem hic ſcrupulum movet, quod JCtus in paulo ante cit. *l.* 20. §. 1. *de bon. poſſ. contra tabb.* nullam ab inteſtato donationum mortis cauſa & legatorum comparationem eſſe ait, idque non in verbis ſed in effectu & re ipſa poſitum eſſe oſtenditur, quod filium ibi emancipatum non poſſe queri ait, ubi donationes mortis cauſa ab inteſtato factæ ſunt, qui tamen queri poteſt ubi pater teſtamentum fecit, ut ita perſpicue cauſam teſtati & inteſtati diſtingui appareat. Et dicendum eſt, comparationem ibi intelligi ſecundum quid. Nimirum ex edicto illo prætoris legata conſervantur certis perſonis ubi petita eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, ut tamen ſalva ſit emancipato portio virilis, quam ſi legata excedant, hactenus à perſonis exceptis, veluti parentibus & liberis, ut portio ſuppleatur, conferri oportet, quod etiam perſonis illis inſtitutis obſervatur *l. nam ſecundum. 7. de legat. præſtand.* & porro in donationibus mortis cauſa idem obtinere ait JCtus *in d. l.* 20. *in pr.* ſi videlicet teſtamentum fecerit pater, non autem ſi inteſtatus deceſſerit, & bonorum poſſeſſio unde liberi fuerit petita, quod ſcilicet hic nulla occurrat donationis mortis cauſa cum legatis comparatio. Ut hinc appareat non ideo negari comparationem quod ibi nulla fuerint data legata vel fideicommiſſa, nam & in præcedenti ſpecie ubi teſtamentum factum erat, tantum mortis cauſa donationes factas fuiſſe proponit JCtus, ſed quia edictum de legatis præſtandis tantum in caſu teſtati, ubi teſtamentum per poſſeſſionem contra tabulas evertitur, propoſitum fuit: quod non abſurde produci potuit ad eum caſum ubi mortis cauſa donatum fuit ab eo qui teſtamentum fecerat, ſed non ad caſum inteſtati. Et hinc recte notat Accurſ. ſi donationes ſint inofficioſæ, ceſſante licet edicto de legatis præſtandis, non ceſſare tamen querelam inofficioſæ donationis.

Vltimus autem.] Ait donationem mortis cauſa magis eſſe affinem ultimis voluntatibus quam contractibus: quod ipſum affirmat male citatus *Boer. conſ.* 34. *num.* 4. licet *ibid. nu.* 12. alteram opinionem fateatur eſſe magis communem, ad quod tantum allegatur à *Clar. quæſt.* 5. Quod autem ex parte Clarum ſequi ait, ſignificat

An magis sit comparanda cum ultimis voluntatibus.

cat distinctionem quam *ibid. Clar. & ex Dd. d. cons. 34. num 4. & 5. refert Boer.* & probat *Gomez. 2. resolut. 4. num. 16. in princ.* inter ordinationem confirmationemque, & inter effectum: illius intuitu magis contractibus, huius, magis ultimis voluntatibus comparari. Sed non animadverto, quomodo illud simpliciter (secundum quid enim admitti potest, quatenus donatio mortis causa, ut diximus, fit inter duos) affirmari possit, siquidem solennitas quinque testium, quæ in donatione mortis causa requiritur, utique pertinet ad ordinationem: cæterum si intelligatur modus, ut ita loquar essentialis, verum est hoc intuitu contractibus esse proximiorem, quoniam ut supra dictum, traditione vel conventione, & hac vel stipulatione vel nudo pacto perficitur: in cæteris magis sapit naturam ultimæ voluntatis, quod ex differentiis & convenientiis paulo ante relatis colligere licet.

Ex his sequitur.] Infert Tr. inter eos fieri posse hanc donationem, inter quos testandi legandique jus est. Quæ regula procedit affirmative, non negative: quoniam filiusfam. qui neque testari neque legare, mortis tamen causa patre permittente donare potest: qua in re fatendum est, donationem istam ad naturam contractuum accedere, quia voluntates ultimæ ex alieno arbitrio pendere non possunt.

Donare itaque.] Porro infert, quod minor qui testamentum facere & legata relinquere potest, etiam mortis causa donare possit. Ratio dubitandi est, quam Wesembec. à Treut. citatus affert, quod hæc donatio ratione personæ forma & origine sit similis contractibus. Sed responsio facilis est. 1. hoc simpliciter dictum falsum esse, & præcipue propter jus revocandi & pænitendi. 2. quod nulla sit consequentia, ex sententia Tr. quam passim defendit, quod minor etiam ex contractu obligari civiliter possit. Mihi, ut paucis agam, distinguendum videtur, inter modos quibus hæc donatio fiat & perficiatur: & hoc scilicet modo, ut res tradatur & dominium transferatur *l. 2. vers. aliam de mort. caus. donat.* minorem donare posse negabo, & forte etiam, ut saltem possessio sub conditione acquirendi dominii transferatur: cæterum in eventum mortis, stipulato promittendo vel nudo etiam pacto donare eum posse admittam.

Bonis mortis causa.] Jam ante hoc notavimus, & certi juris

est, quod ex donatione mortis causa Falcidia detrahatur. Aliud esse ait ex jure Saxon. quod sequuta est constitutio Electoris *Augusti part.3.cap.3.* quæ heredi alias ab intestato successuro negat ius deducendæ quartæ, etiamsi quis omnia bona sua per donationem mortis causa in alium transtulerit. Quæ constitutio procul dubio ad eos heredes restringenda est, quibus non debetur legitima, cui præiudicari non potest, sed ea vel per deductionem iure Falcidiæ, vel per querelam inofficiosæ donationis obtinebitur.

De iure quoque.] Quæstio hæc an jure Sax. mulier sine cõsensu curatoris mortis causa donare possit, hinc dependet, an donatio hæc contractibus, an ultimis voluntatibus, in quibus mulieri curatore opus non est, magis sit comparanda: quod posterius magis probo *ex l.ult.C.de mort.caus.don.* quod adeo mulier hactenus si non transferatur dominium, sine curatore mortis causa donare possit.

Interdictum etiam.] Indistincte adeoq; vitiose affirmat Tr. quod in mortis causa donatione sit locus interdicto quod legatorũ. Etenim omnino distingui hic oportet, quod aut traditione perfecta fuit donatio aut in finibus conventionis substitit. Illo casu interdictum cessat, tum per regulam generalem, quod hoc interdictum contra eum qui possessionem rei sine vitio voluntate domini apprehendit, non d tur: tum per textum specialem *in l.1.§.si quis 5. quod legatorũ.* ubi negatur hoc interdicto teneri, qui possidet ex donatione mortis causa, rem scilicet ab ipso donatore in se translatam. Et fit hoc citra ullam iniuriam heredis, qui portionem rei donatæ si interveniat Falcidia vindicare potest *d.§.5. per not. supra disp.14.th.4.lit.H.* Posteriori autem casu, quoniam nemo sibi ipsi jus dicere, nec propria autoritate possessionem apprehendere potest, interdicto huic locus erit: Sed & huic assertioni obiicitur *l.cum pater.77.§.2.de legat.2.* ubi cum actio in factum detur, hoc ipso interdictum quod legatorum negari videtur. Verum plane singularis, & hęc nimirum illius loci species est. Filii permissu matris, quæ ipsis mortis causa donare volebat, dotem à marito sunt stipulati: mater postea aliis institutis heredibus, filios stipulatores & donatarios, ut dotem marito restituerent rogavit: maritus propter hoc fideicommissum filios uxoris ex stipulatu agentes exceptione repellit. Quod si Falcidiæ ratio interveniat, heredes uxoris, quibus actio contra maritum non est, actione in factum contra filios instituta consequun-

ſequuntur, ut filii ex ſtipulatu contra maritum agentes portionem à marito exactam, ſibi reſtituant: ſiquidem maritus quoad portionem illam quam L. Falcid. minuit, exceptione ſe defendere non poteſt. Et apparet igitur, contra donatarios non poſſe ibi dari interdictum quod legatorum, quia tantum abeſt, ut apprehenderint vitioſe poſſeſſionem, ut etiam omnino non poſſideant, imo petentes exceptione ſubmoveri poſſint. Cur autem interdictum illud contra maritum non detur, hæc non obſcura ratio eſt, non tantum quod maritus rem à defuncta ipſa accepit, ſed etiam ex cauſa præcedente ſingulari dominus eius effectus eſt: & fruſtra interdictum daretur, cum heredibus actione in factum conſultum ſit, ſicut & in ſpecie *l.1.§.5.quod legator.* interdictum ceſſat, & vindicatio portionis heredibus datur.

Lit. C.

Licet enim donatio.] Ait in theſ. in omnibus fere donationem mortis cauſa legatis eſſe æquiparatam: & in exegeſi hæc verba ſubiјcit, licet donatio mortis cauſa per omnia ad inſtar legatorum redacta ſit, &c. Quæ quandam contradictionem implicare videntur, quoniam æquiparatio omnimoda excludit differentias, quas ipſe hic admittit Tr. Et licet ita quoque loquatur Juſtin. & per omnia æquiparari dicat §. 1. *Inſt. de don.* ſtatim tamen quaſi corrigendo ſe ſubiicit particulam, *fere*: neque docentis eſt hæc imitari, ſed potius ſane & commode explicare.

Lit. D.

Vt maxime autem.] Ait in theſi ut maxime donatio mortis cauſa quingentos ſolidos exuperet, inſinuatione tamen opus non eſſe. Ubi non dicendum erat, ut maxime autem, ſed, ut maxime igitur: quoniam legata non requirunt inſinuationem, à quorum præmiſſa comparatione hoc inferendum erat. Subiicit autem hic, non poſſe probari generatim olim requiſitam fuiſſe inſinuationé. Quæ odioſa repetitio eſt eius, quod dixit th. 6. lit. B. ſcripturam non requiri ad eſſentiam cuiuſque donationis. Iniuriam autem hic facit Bart. pro diſſentiente allegato, quoniam hic *in d. l. donatio. 25.* cum animadverteret ex verbis illius legis, *in conſcribendis donationibus, &c.* colligi poſſe quod ſcriptura requiratur, paucis verbis duplicem ſuppeditat reſponſionem. 1. quod *d. l. 25.* obtineat ubi conventũ eſt

ut do-

ut donatio fieret in scriptis. 2. quod juxta gl. accipienda sit de casu, quo lex scripturam requirit, videlicet ubi donatio excedit quingentos solidos. Et omnino ibi non sancitur, quod scriptura requiratur, sed ubi scriptura requiritur, forma conficiendi instrumenti præscribitur.

Hodie pro maiori cautela.] Hoc intelligendum est de solennitatibus specialibus requisitis à jure Saxon: etenim insinuatio jure civili desiderata non potest dici pertinere ad majorem cautelam, quippe quæ indistincte requiratur: nisi forte Tr. respexit constitutionem juris novi *in l.ult.Cod.h.tit.* secundum quam sufficiunt quinque testes citra insinuationem, quæ adhibita firmiorem facit donationem.

LIT. E.

Quinq; testes sunt adhibendi.

Modo quinque testes.] Affirmat Tr. quod in omni donatione mortis causa etiam infra quingentos solidos quinque testibus sit opus. Duplex hic occurrit disquisitio, tum ratione modi quo fit donatio, tum ratione obiecti, videlicet eius quod donatur: & hoc dupliciter, tum quia donatur vel res singularis vel universitas, tum quia donatio vel excedit quingentos solidos vel non excedit. Ubi universitas donatur vel quid aliud ultra quingentos solidos, procul dubio quinque testibus opus est: quoniam, quod omnino notandum, Justin. introduxit ut sufficerent quinq; testes etiam non facta insinuatione, adeoque solennitatem illam quinque testium pro minus operosa habuit, quam insinuationis apud acta: quod ipsa *l. ultim. Cod. de donat. mort. caus.* verba, perspicue ostendunt, & ipsa suadet ratio, & exemplum testamenti, quod septem testes requirit, aliasque solennitates, & tamen apud acta recte conficitur: adeoque quocunque modo facta sit donatio mortis causa, si excedat summam illam, citra insinuationem, aut quinque testium solennitatem non valebit: quoniam licet favorabilior videri possit mortis causa donatio, & quæ facilius propter jus revocandi valere debeat, nobis tamen à generali regula & definitione *tum l. ultim. Cod. de donat. mort. caus.* tum *l. 25. Cod. de donat.* recedere non licet, cum præsertim ex adverso obiici possit, quod donationes mortis causa in eventum mortis collatas proclivius homines faciunt, quas adeo certius quoque probari oportet.

Quod

Quod si autem donatio infra quingentos solidos consistat, non immerito dubitari possit, & an hæc præsentia quinque testium habeat opus. Si ponimus, quod Treutler. probare videtur supra hac thesi, litera A, in fin. donationem hanc in absentem etiam & ignorantem collatam fuisse verius erit meo judicio, & hic quinque testibus opus esse, quod donatio ita facta, non possit conferri aut comparari cum contractu, sed omninò hac in re legatis & fideicommissis similis erit. Quod si juxta tradita dicta litera A. in F. donatio hæc non perficitur, nisi per modum contractus, videri possint non necessarii quinque testes in donatione mortis causa, quæ est infra quingentos solidos: ex hac satis probabili ratione, quod Justin. *in l. ultim. Cod. de mortis causa donation.* in locum insinuationis, quæ antea necessaria erat, introduxit solennitatem quinque testium: & ergo ubi ante Justin. non opus erat insinuatione, ibi nec post eum quinque testibus opus erit. Atqui ante Justinian. in casu summæ minoris non opus erat insinuatione: Ergo, &c. Quod vel maximè obtinebit in ea donatione, quæ traditione perficitur, cum ea quæ in nudis terminis promissionis subsistit, propius ad naturam legatorum accedat, & post mortem donantis quasi instar legati petatur. Sed tamen in hac etiam specie, istud quod dixi, defendi posse videtur, quoniam hactenus imitatur naturam contractus, &, quod fundamenti loco statuendum est insinuatio non nisi propter summas excedentes introducta est. Et quamvis ex verbis *dict. l. ultim. Cod. de mortis causa donation.* colligi posse videatur & inferri, quod ubicunque & quæcunque donatio mortis causa comparatur ultimis voluntatibus, in ea requirantur quinque testes, difficile autem dictu sit, eas tantum donationes quæ excedunt quingentos solidos, legatis vel ultimis voluntatibus comparari: attamen sententia potius & mens Justin. consideranda videtur, & occasio, qua motus fuit ad eam constitutionem promulgandam: quæ occasio colligitur *ex princ. dict. l. ultim.* quod erant qui simpliciter necessariam putabant insinuationem: quorum sententiam improbans Justin. sufficere vult quinque testes: nemo autem videtur fuisse, qui in donatione non excedente quingentos solidos insinuationem necessariam esse putaret, eo quod indistinctè insinuatione in casum excessivæ donationis opus esse,

legibus erat constitutum. Et facit, quod ipse Iustin. *in l. donationes*, 25. *C. de donat inter virum & uxor.* donationes inter coniuges, & à patre in filium fam. collatas, quæ instar legatorum morte confirmantur etiam sine insinuatione usque ad quingentos solidos, validas esse constituit: eodemq; facit, quod *in d. l. ult.* donatio mortis causa cum quinque testibus, videtur conferri cum donatione inter vivos quæ actis insinuata est, qua insinuatione donatio nō excedens quingentos solidos opus non habet: & aliàs constitutio nova non est facile extendenda. Non obstat etiam, quod ita sequeretur facilius confirmari donationem mortis causa, quæ instar ultimæ voluntatis esse dicitur, quam donationem inter vivos, quoniam hæc ultra 500. solidos omnino requirit insinuationem. Etenim respōderi potest, hoc fieri propter specialem constitutionem Iustin. qui in quacunque mortis causa donatione excessiva voluit sufficere quinque testes: & hoc fortassis propter qualitatem actus, quam ultimis voluntatibus aggregavit Iustin. & facit quod & olim quoad validitatem actus, eadem donationis utriusque, inter vivos & mortis causa, ratio fuisse videtur *l. donatio.* 25 *C. de donationib.* hactenus *ex l ultim. C. de donat. mort. caus.* diuersa, quod in ista specie sufficiunt quinq; testes. Sed nihil affirmo.

Illud autem mirum mihi videtur, quod improbat Schneidevvinum, hoc nomine, quod hic insinuationem loco testium substituat: quoniam hinc colligere licet existimare Treut. ad confirmandam mortis causa donationem non sufficere, insinuatam eam esse apud acta, sed præcisè requiri quinque testes: quoniam ita Schneidevv. improbatus *in* §. 1. *Institut. de mort. caus. donat. numer.* 14. tradit, donationem mortis causa ultra 500. solidos valere sine insinuatione, modo adfuerint quinque testes, sed si quinque testes deficiant, ut donatio valeat, insinuatione opus esse. Quæ sententia sicut verissima, ita altera, quæ insinuationem sufficere negat, & omninò quinque testes requirit, (quæ ex verbis Treutl. necessario infertur, vix autem ulli interpretum in mentem venit) procul dubio falsissima est: tum per expressa verba *d. l. ultim. Cod. de mort. caus. donat.* ex quibus apparet plus esse insinuare apud acta, quam adhiberi tantum quinque testes, & hunc modum à Iustin. tanquam faciliorem præscribi: tum quia, ut paulo superius dictum, testamen-

mentum, quod septem testes & alias multas solennitates requirit, tamen per insinuationem apud acta perficitur *l. omnium. 19. ubi Dd. communiter. C. de testam.* & ipse Treutl. lit. præced. insinuationi plus tribuere videtur, dum ait in iis locis, in quibus jus Saxon. viget, pro maiori cautela, donationes mortis causa apud acta insinuari.

LIT. F. & G.

Sub his literis agitur de modis quibus aut resolvitur aut revocatur donatio, quorum jam supra tres esse diximus, duos ex parte donantis, pœnitentiam & periculi cuius intuitu donatio facta fuit, sublationem: unam ex parte donatarij, si hic ante donatorem præmoriatur. Duos proponit Tr. in thesi, tertium, sublationem periculis in allegatis sub lit. F. Et de singulis, quoniam res expedita satis non videtur, ordine est videndum: & 1. de pœnitentia sive mutatione voluntatis, quam inter modos revocandi refert *Iustin. in §. 1. Inst. de donat. & ICtus in l. qui mortis, 30. de mort. caus. donat.* quo etiam referri solet *l. 13. §. 1. eod. ibi si iam mutata voluntate.* quamvis Accurs. ea verba pro conditione & pacto donationi inserto accipiat: quoniã proponuntur ibi varii & variè informati donandi modi, veluti ut res nullo modo reddatur si prior decesserit donator, id est, nec ex pœnitentia quidem, & ut liceat revocare, etiamsi prius contigerit decedere donatorẽ, si videlicet eum pœnitentia cepisset. Illud cõtra ius ordinarium, hoc secundum ius ordinariũ, quo pœnitentiæ locus est, cui tamen pacto derogari potest. Qua in re *Wes. in par. de mort. caus. don. n. ult.* à Tr. hic citatus nõ rectè percepisse videtur sententiam Accurs. quasi hic simpliciter per pœnitentiam donationẽ mortis causa revocari posse negasset: contra quam expresè statuit *Accurs. in d. l. qui mortis. 30. de donat. mort. caus. & in l. non omnis, 19. de reb. cred.* ubi ad hoc probandum adducit *d. l. 30. de mort. caus. don. & d. §. 1. Inst. de don.* ubi tres supra relati casus tanquã diversi proponuntur. Porrò ex hoc capite pœnitentiæ duplicem proponit actionẽ ICtus *in d. l. 30.* condictionem & in rem actionẽ: & cum absurdus videatur istarum actionũ concursus, nec contra eum, in quẽ dominium translatum est, vel simpliciter in istis terminis contra quemcunq; actio in rem danda sit, videri possit, quod de actione in rem *in d. l. 30.* dicitur, ad eum casum restringendum esse, quo quis ita mortis causa donavit, ut ne dominium transiret, *iuxta l. 2. de mort. caus. don.*

Sed resistit huic explicationi tum generalitas textus in dict. l. 30. tum quod ibi utilem tantum in rem actionem proponit Jureconsultus, quae utique directa esset, si dominium penes donantem mansisset: ut speciale esse videatur in hac donatione, quae sub tacita conditione, quam in se habere intelligitur, resolvi quodammodo videatur: cum etiam propter ipsam mortis adjectionem perfecta donatio, & perfecta translatio dominii ante mortem donatarii sequi non posse videatur. Et fortassis interest, an quaeratur de actione danda donatori contra tertium possessorem, contra quem scilicet utilem in rem actionem accommodasse videntur Iureconsulti, quod iniquum existimarent, facto donatarii rem in alium transferentis donatorem re sua privari, quam in alium donatione non pura sed per adiectionem mortis modificata, & ex poenitentia aliisque caussis revocabili, contulisset. Illud plane non obstat, quod de concursu harum actionum obiicitur: vel quia, ut notatum ad thesin praecedent. in f. & tradit Bartolus *in dict. l. qui mortis. 30. de mortis causa donation.* utilis vindicatio cum condictione concurrere potest, veluti in materia acquisitionis dominii ex iure gentium non semel contra eum, qui mero iure dominus est, utilis in rem actio dari dicitur: & ut rectè notat Cuiac. *ad l. si filiofamil. 23. de mortis causa donat. tractat. 2. ad African.* diversitas intentionis tollit contrarietatem, & in omni condictione petitur res tanquam aliena, licet alio modo & respectu etiam tanquam propria utiliter vindicari possit. Et haec scilicet pertinent ad casum, quo res donatario tradita fuit, ad quem dubio procul pertinet *dict. l. 30. de mortis causa donation.* quod si in terminis possessionis donatio substiterit, declaratio mutatae voluntatis hoc operabitur, ut postea mortuo donatore, si agat donatarius, exceptione repellatur. Illa enim perquam absurda & mirabilis mihi videtur opinio, quod ex donatione mortis causa, etiamsi traditio sequuta non sit, rectà dominium transferatur, ut tradunt *gloss. Bartol. Castrens. in dict. l. 30.* & sequitur communemque dicit opinionem *Gomez. 2. resolut. capit. 4. numer. 20.* qui non animadvertunt, plerumque & fere regulariter ex causa donationis huius rem traditam fuisse. Neque obstat *l. 2. de public. in rem act.* nam praeterquam quod textus ille cum praecedent. l. 1. non satis bene cohaerere videtur, de quo alibi agitur, ap-

paret

patet utique ad casum mortis sequutæ illum locum pertinere, citati autem Doctores ad ipsum donatorem rem & dominium antea translatum, ipso iure redire ponunt, ut opinio eorum de casu mortis donato is accipi non possit: estque adeo tanto absurdior hæc opinio, quod sive cum contractibus donationem hanc conferas, ex illis citra traditionem dominium non transfertur, sive cum legatis, ex his non nisi post mortem testatoris dominium transferri constat. Et nimirum ad terminos istos non factæ traditionis referri oportet quod Treutlerus subiicit, & ante *Gomez. dict. capit.* 4. *num.*18. tradidit Iason *in l. non omnis*, 19. *de rebus cred. col.*3. tacitam revocationem pro expressa haberi, vel potius etiam ex præsumta pœnitentia & mutatione voluntatis donationem mortis causa revocari, veluti si rem donatam, aut verius promissam saltem citra necessitatem urgentem alienaverit, *argum.* §. *si rem.* 12. *Institut. de legat.* neq; enim dubium est *in d.* §. 12. agi de alienatione vera quæ fit per traditionem, quam facere non potest, qui ante rem ex causa donationis in alium transtulit.

Necesse tamen est.] Necesse tamen esse ait, ut declaretur voluntas testatoris: quod si conjungas cum præcedenti, quod pœnitentia donationem revocari dixerat, inepta efficietur sententia: quoniam pœnitentia aut mutata voluntas nulla potest esse sine declaratione voluntatis, quæ fiat vel verbis, vel factis, ut ipse Treutl. paulò ante tradidit. Sed existimaverit quispiam à Treutl. hoc referri ad modum alterum, videlicet restitutionem sanitatis, aut sublationem periculi: sed ita vitiosè hæc connectentur, (necesse tamen est ut donatoris declaretur voluntas, eo enim solo quod sanitati restitutus est, non censetur revocata donatio) etenim ita modus pœnitentiæ & convalescentiæ coincident in modum unum, qui tamen perspicuis textibus juris, & ab ipso Treutl. distinguuntur. Sed quicquid Treutler. senserit, videamus de altero illo modo revocandi donationem, si convaluerit donator, vel potius magis generaliter, periculum, cuius intuitu donatum est, fuerit sublatum, iuxta *l.* 29. *de mortis causa donat.* Et quidem *Ias. in dict. l.* 19, *de rebus credit. col.* 1. *& ibid. Paul. Castrens. Gomes. d. cap.* 4. *num.* 19. *vers. tertiò quæro.* ipso jure donationem revocari statuunt, cuius sententiæ à qua discedit Treutler. quis sit effectus considerare oportet. Et si

casum ipsius donatoris viventis constituas, effectus videtur in genere, ut resoluta donatione, dominioque reverso actio in rem ipsi detur: quamvis ex utili tantum actione quæ ipsi datur iuxta *l.29. & 30. hoc titulo.* revera & verum dominium ad ipsum non redire colligi videtur: cæteroquin an sola restitutione sanitatis resolvatur donatio, an declaratione voluntatis, quam requirit Treutl. opus esse dicamus, parum aut nihil in hoc casu interesse videtur: quoniam cum ex sententia ipsius Treut. etiam præsumta revocatio locum habeat, qui sive condictionem sive actionem in rem movet & instituit, satis superque hoc ipso voluntatem suam de revocanda vel revocata potius donatione declarat. Verum si donatorem post sublatum periculum cuius intuitu donatum erat, alio casu nulla declaratione voluntatis præcedente decessisse proponas, recipit res dubitationem: quoniam sive traditione sive promissione facta sit donatio, quæritur an hæres rem à defuncto traditam condicere, vel donatarium petentem exceptione repellere possit. Quod utrumq; negare videtur Tr. tum ait non sufficere periculũ sublatum esse, sed requiri declarationem mutatæ voluntatis. Cui obstare videtur, quod ita pœnitentia & restitutio sanitatis videantur simul coincidere, cum tamen isti casus opponantur, tanquam diversi, ut proinde videri possit, quod operatur pœnitentia, id etiam solam restitutionem sanitatis operari debere. Sed hic fortassis responderi possit, pœnitentiam hactenus esse separatum modum, si ab ea incipiatur, ut licet durante adhuc periculo ea sola sufficiat, nec verò propterea solam quoq; convalescentiam idem operari citra declarationem voluntatis, quæ etiam intercedit ubi donator vivus sublato periculo repetit rem donatam. Verum hic replicare licet, quod imò illi quos supra proposuimus, modi, ita inter se distinguantur, ut singuli ad resolvendam vel revocãdam donationẽ per se sufficiant, & adeo quod operatur pœnitentia, hoc ipsum potestate conventionis operetur convalescentia, & sub conditione periculi imminentis donatum, sublato periculo repetatur, & tanquam deficiente conditione sub qua donatum est, cõd`ctio semel nata vel retinendi ius etiam ad hæredes transmittatur: quod in casu pœnitẽtiæ secus est, quæ merè est personalis: quamvis hactenus ista rectè comparentur, quod post declaratam voluntatem & pœniten-

nitentiam ostensam quæsita condictio in hæredes transmittatur. Et facit quod hactenus donatio mortis causa est similis dationi ob causam, in qua ex capite pœnitentiæ & etiam cessationis actio & condictio datur, sublato autem periculo cessat causa, eoque condictionem natam esse fateri oportebit: quod tantum non disertè traditur *in l. non omnis, 12. in princ. de rebus credit.* quod scilicet in casum sublati periculi nascatur condictio, & donatarius ad restituendum obligetur. Cæterum Treutler. de hæredibus, & an ad eos transeat condictio, nō tractat, ut quæ eius sententia sit, non satis liquido intelligi possit. Et siquidē in terminis superstitis ipsius donatoris loquamur, & an quoad ipsam donatio pro revocata habeatur, quæramus, videatur hoc positum esse aut in argutia aliqua, (quoniam utiq; si donator ipse experiatur, satis mutatam voluntatem declarat) aut in subtilitate quadam & apicibus iuris consistere, an videlicet actio vel condictio existere incipiat & nasci post mutatam demum voluntatem, an statim post restitutam sanitatem aut sublatum periculum; quod posterius ego contra Tr. verius esse puto, quod ex solo capite cessantis & sublati periculi actio nascatur, per text. ad hoc expressum *in d. l. 19. de reb. cred.* Nec quicquam ad rem faciunt textus à Tr. citati, & nimis illud longè petitum *ex l. sancimus, C. de testam.* stare adhuc intelligi quod mutatum non est & *ex l. 22. de probat.* ei incumbere onus probandi, qui mutatam voluntatem esse dicit. Etenim non hic tractatur de actu vel effectu qui per voluntatis mutationem inducatur, ita ut re vera Treutl. principium petat, sed potestate conventionis actionem nasci dicimus, quæ semel nata & donatori quæsita etiam in hæredes transmittetur: non tantum si expressè hoc adjectum sit, ut restituta sanitate res reddatur, in quibus terminis minus est dubitationis, sed etiam ubi simpliciter periculi contemplatione res fuit donata: & nimirum quod omninò pro limitatione addendum est, intuitu periculi certi & definiti, non autem incerti & generalis, veluti si quis sola mortalitatis cogitatione fecerit donationem, iuxta *l. 2. de mortis caus. donation.* cuius limitationis liquida & certa ratio est, quod periculum hoc in genere à donatario consideratum nunquam sublatum dici potest: & hæc distinctio & limitatio ita traditur *à Gomez. 2. resolut. cap. 4. numer. 19. Schneidevv. in §. 1. Instit. de donat. nu. 21. Ias. in d. l. non omnis, 19. in princ. de reb. cred, & ibid. Castrens. n. 3.* Et

secun-

ſecundum hæc cautè & commodè accipiendum & explicandum eſt quod cit. Dd. tradunt, ipſo iure revocatam eſſe donationem: quoniam neque ex condictione neq; utili in rem actione, quæ donatori competunt *l.29.& 30. h.t.* hoc rectè inferri poteſt.

Lit. G. proponitur tertius modus per quem revocatur donatio, ſi donatarius ſit præmortuus, cuiuſmodi eadem ratio eſt quæ præcedentis, ubi periculum eſt ſublatum. Quod autem de condictione & utili in rem actione adiicitur in extremo ſatis jam ante eſt explicatum: ut tamen hoc ſaltem notetur, non tantum condictionem ob cauſam dati, ſed etiam & forte magis, condictionem ſine cauſa locum habere, de quarum actionum natura alibi tractatur.

AD

AD DISPUT. XX.

De

RERUM DIVISIONE ET ADQUIRENDO EARUM DOMINIO.

Respondente

CHRISTIANO COPIO, DANTISCANO.

THESIS PRIMA.

Lit. A.

ANte omnia hic de divisione rerum, quod primum est huius disputationis caput, videndum erit. Et Treutl. ita dividit, quod sint vel divini juris, & hæ nullius in bonis, veluti res sacræ, sanctæ & religiosæ: vel humani juris, quæ plerumque sint in bonis, eæque vel privatæ vel publicæ, quæ rursus vel communes, vel in specie publicæ. In quibus divisionibus hæc notari possunt, 1. quod res quæ dicuntur actu nullius, veluti feræ bestiæ, nulla earum parte continentur, nisi forte eo detorquere velis verba, *plerumque in bonis*: sed parum subtiliter, vel quia eiusmodi verba in divisionibus sunt vitiosa, vel quia illud non est membrum divisionis, sed descriptio rerum humani juris. Et hinc 2. quod descriptio rerum divini juris, quod

ſint nullius: niſi explicetur ambiguitas, etiam feris beſtiis competit. 3. quod res communes & publicæ dicuntur eſſe in bonis aut vitioſe aut valde ambiguè, certè non ad uſum juris, quoniam Juſtin. publica & communia, ſub earum rerum claſſem refert, quæ in patrimonio noſtro non ſunt.

Illud hic notandum, dividi res non quales natura ſua ſunt, ſed juridicè, ſub hac qualitate & modo conſiderandi, quatenus in iis jus aliquod habemus vel non habemus, ideoque rectè à Iuſtin. *in princ. Inſtitut. hoc tit.* res dividuntur, quod vel ſint in patrimonio noſtro, vel extra patrimonium noſtrum: & has ſubdividemus, quod ſint extra illud vel abſolutè veluti res divini juris, vel ſecundum quid & quadantenus: & hoc rurſus vel actu, quo pertinent feræ beſtiæ, vel proprietate, ita ut uſus tantum ſit privatorum: & hic vel laxior & communior, quo pertinent res communes in ſpecie dictæ. vel reſtrictior: & hic amplius vel populi, quo pertinent res publicæ in ſpecie dictæ vel alicuius civitatis, & ſunt res univerſitatis. Vel ita, quod res vel ſint alicuius vel nullius, & hæ vel omnimodo, idq; dupliciter, ut aut nec alicuius fieri poſſint: aut poſſint: vel proprietate tantum, uſu autem aliquorum: & hoc vel indeterminatè vel ſub aliqua determinatione unde res communes, publicæ & univerſitatis exiſtunt. Et de ſingulis his ſpeciebus cum Tr. ordine hac th. videbimus.

Illud facile eſt, quod in exegeſi, attingit Tr. cur lib. 1. Dig. de diviſione rerum tractetur: videlicet quoniam titulis octo prioribus explicatum erat de perſonis: etenim anguſtioribus limitibus tractatio perſonarum lib. 1. D. circumſcripta eſt, quam lib. 1. Inſt. in quo etiam tractatur de nuptiis & tutelis: de illis quatenus ſunt cauſa patriæ poteſtatis: de his quatenus qui ſub tutela vel cura & ſui juris ſunt, filiisfam. & ſervis, qui alieni iuris ſunt, opponuntur.

LIT. B.

Res ſacræ.] Deſcribere has, vel ſaltem diſtinguere debebat, quod verbum hoc poteſt uſurpari & in genere, pro quibuſvis rebus, etiã prædiis Eccleſiaſticis, quæ facilius cum conſenſu quorum intereſt, alienari poſſunt: & in ſpecie, ut ſignificentur, ædes ſacræ, veſtes, vaſa ſacra, quæ immediatè & proximè divino cultui ſerviunt: quæ cum in commercio non ſint omninò alienari non poſſunt, niſi

nisi exceptis tribus casibus. 1. pro redimendis captivis. 2. famis causa, qui duo casus simpliciter locum faciunt alienationi. 3. aeris alieni gratia, quod Ecclesia debet, qui casus tum demum alienationem justificat, si v.c. vasa sacra abundent *l.21. C.de SS. Eccles. N.120.c.10.* ad has enim res mobiles constitutiones istæ pertinent, non ad ædes sacras & templa. Neque his obstat *l. 22. de contrahend. emt.* cuius loci non hic sensus est, quasi res modica sacra possit vendi, sed quod adiectio hæc, *si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil*, pertineat ad cautionem venditoris, ut si fortè pars quædam sacra vel religiosa reperiatur, nomine doli vel de evictione, venditor conveniri non possit: ut tamen quoad modica loca, venditori ita caveatur, cæteroquin venditio fuerit nulla.

Fit res sacra.] Ait rem fieri sacram dedicatione publica, & hoc ita explicat, quod non sufficiat palam factam esse ad notitiam populi, sed & usibus divinis publicis nō privatis. Quæ videtur inepta explicatio dedicationis publicæ per quam rem sacram effici dixerat: nisi fortè emphasin aliquam ponit in verbo *dedicationis*, quod tamen verbum procul dubio generalius est, neq; tantum ad culttū divinū potest restringi. Quin & olim apud priscos Romanos privata familiarum sacra fuisse constat: unde frequens illud, in sacris paternis constitutus pro filiof. quoniam emancipati sicut familiæ, ita & sacrorum illa iura amittebant: quamvis privata illa sacra respectu approbationis, publica dici possint. In universum autē duo rem faciunt sacram, finis, ut sit deputata cultui divino: & causa efficiens, ut deputetur ab eo, penes quem eius rei, rem videlicet in sacrū dedicandi ius est: cuiusmodi olim erant pontifices, teste *Iustin. in §. sacra. 8. Inst. h.t.* ubi res sacras definit, quæ ritè per pontifices Deo sint consecratæ: cui non obstat, quod locum etiam dedicatione principis sacrum effici traditur *in l.9. §.1. de rer. divis.* vel quia hoc fit propter supremam potestatem, cui leges ferri non possunt, vel potius quia ipsi Impp. olim pontifices maximi erant: quod de Cæsare scribit *Dio lib. 22.* de Traiano *Plin. in panegyr.* de Hadriano Spartianus, de Alexan. Lampridius, & fere generale hoc fuisse, ut principib. creatis, sicut tribunitia potestas, proconsulare imperiū, ita pontificia dignitas conferretur, colligere licet *ex Capitolino in vita Maximi & Balbini.* Et nimirum hoc ius dedicandi posterioribus temporibus pontifices sibi arrogasse videntur, cum olim consti-

les aliosque exercituum duces sæpius diis ædes sacras & vovisse & dedicasse constet: nisi quis forte specialem aliquam pontificum dedicationem accessisse existimaverit. Atque ita res sacra fit vel ab initio, veluti cum ædes sacræ extruuntur, vel postea, si res profana sive privata sive publica *l.9.§.1.de rer.divis.* in sacrum dedicetur: quę accidentalis & aduentitia qualitas vicissim tolli, & ex re sacra profana effici potest, non tantum per occupationem hostium, quod exempli loco à Tr. proponi credendum est, sed etiam aliis modis, veluti si sacra quædam auto itate publica improbentur, quomodo Tiberius sacra Isidis propter adulterium fraude sacerdotis in templo eius commissum, sustulit & destruxit. Illud palam est, diruto forte ædificio, locum non desinere esse sacrum, quoniam ipsa quoq; area sacra est.

Lit. C.

Sancta.] Definit eas quod sint sanctione hominum contra injurias munitæ: videlicet speciali & expressa sub certæ pœnæ irrogatione. In genere autem sanctæ dicuntur, tum personæ, veluti sanctione civili olim *tribuni plebis*, autore Livio lib. 2. & p ssim & ex jure gentium, *reges*, Cicero pro Deiotaro, *legati* l.ult. de legat. tum, de quibus hic agitur, *res*, veluti muri & portæ civitatum §. *sanctæ*, 10. *Inst.h.t.l.2.ne quid in loco sacro.* quod scilicet quod ad portas attinet, accipiendum est respectivè, quatenus in eas præsertim occlusas, per vim aut aliàs nefas est aliquid attentare: cæterum quatenus per eas quævis invehuntur & evehuntur sanctæ esse non videntur: ex qua ipsa ratione apud Romanos portas sanctas habitas non fuisse, disertè scribit *Plutarch. in Romulo, & quæst. Rom.* 27. Porrò quod leges sanctæ esse dicuntur *l.9.§.3.de divis.rer.* ad hanc tractationem, ubi quæritur an & quantum iuris quisque in rebus habeat vel non, pertinere non videtur: sicut nec adæquata videtur ratio qua utitur Justin. *in* §.10. *Inst. h.t.* muros sanctos dici, quia pœna capitis in violatores eorum sit constituta: aut ex illa ipsa ratione efficietur, leges non esse sanctas: nisi quis interesse putet, inter simplicem violatorem præcepti alicuius legis, & eius qui directò aliquid contra legem committit, eiusque quasi eversionem & pernitiem molitur: veluti ille pœnam capitis incurrit, qui in principem sive regem, eiusq; personam aut statum aliquid molitur, nō qui quodvis

præce-

præceptum ejus delinquendo transgreditur: & utique quavis & cuiusvis pœnæ indictione rem aliquam sanctam fieri non posse constat.

Quod autem de muris traditur *in l.ult.h.t.* ad muros civitatis Romanæ restringit ibid. Bart. cuius sententia humanior est, ut qui alibi muros violaverunt, non capitali, sed arbitraria pœna coerceantur: nam & muri municipiorum magis analogia quadam sancti esse videntur juxta *l.8.§.2.de rer.divis.*& generalitas *l.ult.eod.* restringi potest, per subiecta verba, *cives Romanos*: quoniam cæteri cives quidem *l.17.de stat.hom.* sed non optimo iure nec propriè cives Romani sunt.

Illud huc non pertinet quod *gl. & Bart.in d.l.ult.* tractant, an in delictis puniatur voluntas, *arg.d.l.ult.inf.* ibi *transcendere voluerit*: de quo agitur à Dd. *in l.si quis non dicam. C.de Episc. & Cleric.* & ridiculum fuerit JCtum *in d.l.ult.* de simplici voluntate & quasi cogitatione explicare. Illud verò frigidum est, quod disputant, an æquè puniendus sit magnus & parvus, quia *in d.l.ult.* frater Romuli proponitur: & respondent vel quod ibi destinata fuerit certa pœna, vel quod leges Romanæ nondum fuerint: quasi verò non certum sit, à Romulo per æmulationem & ambitionem, eo quod socium ferre non poterat, fratrem occisum fuisse.

Lit. D.

Religiosæ.] Sunt videlicet res immobiles, in quas sepulturæ gratia corpora humana vel reliquiæ inferuntur: etenim destinatio sola non sufficit, ut locus religiosus & divini iuris esse dicatur, eoque Cenotaphium quod memoriæ gratia alibi mortuis erigi solebat, pro loco religioso non habetur *l.6.§.ult.de religios.& l.6.§.ult. cum l.seq.de rer.divis.* Et igitur locus etiam purus etiam citra præcedentem destinationem sola illatione fit religiosus, & hoc vel ex arbitrio & autoritate solius inferentis, vel accedente consensu eius qui ius in re habet, & hoc vel ususfructus vel dominii, & huius vel pleni vel nudi, & porrò vel in solidum vel pro parte juxta *§.religiosum.9.Inst.h.t.* Et quod socios attinet, ita jus esse colligitur *ex l.6.§.6.commun.divid. l.2.§.1.l.si plures.41.& l.43.de religios.d.§.11.Inst.h.t.* ut siquidem locus jam sit religiosus, etiam invito socio alteri inferre liceat, adeoque etiam alium quam ipsum socium, ut patet *ex d.§.11.*

idq; est, quod ait Treutl. in communne sepulchrum unum ex dominis sine alterius consensu inferre posse: ubi tamen frustra adiicit verba, *non etiam alius*, si quidem in locũ alienum nemo inferre potest: licet enim religiosus locus proprietate nullius esse dicatur, attamen ius hactenus privatis, qui etiam propria autoritate religiosum locũ facere possunt, quæsitum est, ut ipsi soli ius inferendi habeant. Sed si locus purus sit, illatione unius religiosus fieri non potest, & si contra fiat actio in factum datur *l.2.§.1. de religios. iunct. l. 6. §.6. comm. divid.* quæ loca ne inter se pugnent, quod in alio actio in factum, in alio famil. ercisc. vel comm. divid. actio datur, vel sententiam Trebatii *in d.l.6.* tantum referri dicendum, ut putat *Cuiac. in l.43. de relig. ad l.8. quæst. Papin.* vel utriusq; actionis concursus cum Accurs. admittendus, *vel d.l.6.§.6.* cum eodem Accurs. ad casum quo fam. ercisc. aut comm. divid. iam actum est, restringenda erit. Et hoc ipsum velle videtur Treutler. dum ait, in communem locum purum, ne quidem unus ex dominis cæteris invitis sepeliet. Exceptio autem est, nisi de ipso domino sepeliendo agatur, quoniam hic etiam invito altero socio, maximè si alius locus non sit, in locum etiam purum rectè inferetur, *per l. si plures, 41. de religios.* ubi hæc ipsa adiectio, si alius locus non supersit, necessario arguit, de loco puro ibi tractari, quod aliàs nulla sit ratio dubitandi. Neque infertur ita iniqua conditio socio, cui pretium partis præstandum est, quod admitti favor religionis suadet, qui allegatur *in d.l.43. inf. de religios.* neque minor esse debet quam libertatis, qui facit ut dominus partem servi vendere cogatur *§. ult. Inst. de donat.* idque videri possit significare voluisse Tr. dum cit. loc. de domino loquens non ait, *sepelietur*, sed *sepeliet*: quamvis cum Tr. pro dissentientibus citet *Hottom. in d.§.11. Inst. h.t. Donell. 4. commen. 1.* qui hanc ipsam sententiam iam propositam defendunt, sequitur falso existimari à Treut. quod nec ipse communis dominus altero invito in locum purum sepeliri possit.

Illud constat eum qui ius in re habet, propter quod eius consensu opus est, satis esse, si consentiat vel initio, vel postea illationẽ factã probet, ita ut locus maneat & sit religiosus, si vel postea mutaverit voluntatem, vel initio super consensu præstando non fuerit interpellatus: ut verissimum sit, quod in fin. huius lit. ait Tr. lectionem & negativam & affirmativam *in §. religiosum. 11. inf. Inst. h.t.* tole-

tolerari posse: licet affirmativa rectior sit, quoniam rata habere dicimur ea, quæ init o nobis ignorantibus sunt gesta.

Sepulcrorum violatio.] Præter methodi leges hic quæritur de sepulcrorum violatione: & aliâs inconcinna est collectio: sepulcrorum violatio ita prohibita est, ut creditor mortui sepulturam propter debitum impedire non possit: quoniam hoc modo sepulcrum non violatur.

Desinit locus religiosus.] Duos refert modos, 1. occupationem hostilem *l.36. de religios.* 2. si, ut ipse loquitur, reliquiæ aut totum corpus in alium locum transferantur, quo refert *l.44.§.1. de religios.* ubi translatis reliquiis desinit locus esse religiosus. Sed non rectè locus ille in hanc sententiam explicari mihi videtur, sed vel de reliquiis corporis fortassis ex parte consumti, vel potius de reliquiis quæ ex corporibus seculi illius more combustis colligi & in sepulcra inferri solebant. Opus autem hic est concessione principis *d.l. 44. in f.* quoniam aliâs corpora & ossa mortuorum moveri & inquietari non debent *l.39. de religios.*

LIT. E. & F.

Publica.] Verba hæc, publicum & commune non semel confusim usurpantur *arg.l.4.& 6. de rer. divis.l.14.& 15. de acquir. rer. dom.* sed quia inter se distinguuntur & opponũtur *in pr. Inst. h.t.* quæ eius distinctionis ratio sit, & quæ iuxta eam in specie communia & publica dicantur, explicandũ est. Et distinctio prima dari potest, quod communia sint omnibus hominibus publica, sed publica in specie dicta, populo Romano, iuxta explicationẽ Theophili, 2. quod communium usus sit laxior & latior, sed publicorum restrictior. 3. communia esse quæ ita produxit ipsa natura in usum hominum, ut citra eum vivere non possint, & ut ea utendo propria sibi faciant, veluti aqua & aer: publica autẽ ex quibus nihil nisi usum habemus, nec quicquam inde nostrum facimus. 4. distinctio sumi potest ab effectibus, secundũ quos unum idemq; diverso respectu commune & publicũ dici potest: v.c. flumen quatenus ex illo haurimus aquam, rectè potest dici commune, & idem tamen publicũ, quatenus in eo navigamus aut piscamur *arg.§.2. Inst. h.t.* veluti littora, quatenus partem eorũ ædificando occupamus, communia, sed quatenus ad navigantiũ usum diriguntur, rectè etiã publica appellãtur: quomodo *§.1.& §. littorũ.5. Inst. h.t.* quib. littora ad cõmunia & publi-

publica referuntur, explicandi & componendi sunt: licet Baro ibid. & alii Justinianum verbis illis confusim & ambiguè usum esse existiment. Ex quibus apparet rectè communia à publicis distingui, contra quam putat *Hottoman.*8. *observ.*4. qui *in pr. Inst. h. tit.* pro *quædam publica*, emendat, *quæ ead. publica.* Et notandum tamen, non omnia quæ communia dicuntur, eiusdem conditionis prorsus, sed esse, quandam eorum secundum gradus differentiam: quoniam dubio procul magis communia sunt aqua & aer, quam littora, quæ hactenus accensentur communibus, quatenus ea occupando, & in iis ædificando solum subiectum, sicut & pilas in mare jactas, acquirimus & nostra facimus *l.*14. *&* 30. § *ultim. h. t. l.*3. *&* 4. *ne quid in loco publico.*

Et hinc etiam explicari potest, quod littora populi Romani esse dicuntur *d. l.*3. *in princ.* quoniam scilicet merè & absolutè communia non sunt, sed pertinent ad populum vel principem dominantem, ut eorum curam habeat, & nequid in iis contra publicum commodum fiat, provideat & prohibeat: neque dubium est, quin ratione jurisdictionis & imperii littora principis vel populi rectè esse dicantur, ita ut princeps vel populus jure imperii alios à littoribus arcere, & ne quid iis inædificetur, prohibere possit, de qua re etiam tractant *Wesembec. ad* §. 1. *Instit. hic, & Donell.* 4. *comment.*2.

Harum usus quia communis.] Non obscurè communia ita Treut. à publicis distinguere videtur, quod si quis illis uti prohibeat actione iniuriarum teneatur. Verum non dubitem, quin idem sit si quis rebus uti prohibeatur publicis, *arg. l.*45. *in f. de usucap. & l.*13. *de iniur. in f.* quoniam ut paulò ante dictum, piscari magis est usus publicus quam communis. Cui non obstat quod *in d. l.*13. *in f. de iniur.* JCtus mare littora & aerem comparat, & inde neminem piscari prohiberi posse, infert. Etenim verbum, *communia* ibi usurpatur generalius, & secundum quid, accipienda est comparatio, quam absolutè veram esse, nemo nec Ulpiano adiuranti crediderit. Et verò hoc à Tr. propositum etiam in publicis, imò etiam in iis quæ universitatis dicuntur, locum habere, probatur expresso textu *l.*2. § *si quis*, 9. *ne quid in loco publico.*

Apparet itaq; ex his communium, alia esse magis talia, veluti aer aut aquà, alia minus, ut littora, quæ occupandi, & in iis ædifican-

ficandi ius, à principe cuius littora esse dicuntur *l. 3. ne quid in loco publico*, procul dubio limitari potest: quoniam propter jus principum & regum non relinquuntur littora in naturali sua libertate, qua alias stante defendi possit ex Donello Tr. sententia in f. lit. F. quod non sit opus concessione & venia magistratus, ut in littore ædificare liceat, quod nimirum ex ratione mera & simplici acquirendi defendi possit: cæterum considerato jure populi vel principis falsum non immerito videatur. Etenim sicut ipsum ius ædificandi in littore, aut pilas in mare jaciendi ex ipsa summa ratione ita limitatur, quod citra incommodum publicum navigantium fiat *l. 4. ne quid in loco publico*: ita ex eod. fundamento prorsus necessario sequitur, principem ne quid cum incommodo publico ædificetur, prohibere, & quoniam facile libera cuique facultate ædificandi permissa in præjudicium publici omnium usus fieri quid potest, ne quid sine suo permissu opus in littore faciat, interdicere posse. Quę sententia probatur *ex l. 2. §. merito. 10. ne quid in loc. publ.* quem locum non recte *Donell. 4. comm. 9.* ad loca quæ in specie universitatis dicũtur, restringit: *& per l. 3. §. 1. eod. tit.* non esse concedendum ut quis pilas in mare jaceat, si deterior littoris marisve usus inde sit futurus & per *l. quamvis 50. D. h. t.* quamvis, inquit JCtus quod in littore vel mare extruximus, nostrum fiat, prætoris tamen decretum adhibẽdum est. Et frivola est objectio Donelli, quod non opus sit consensu magistratus in iis, quæ ipsa natura ad usum hominum produxit: quoniam negari potest, quod usus littoris, in ædificando positus, simpliciter conveniat naturæ, quippe quæ principaliter huic fini littora destinasse non videtur, neq; adeo impedivisse, quominus autoritate magistratus usus ille limitari possit. Plane si ostendi possit quod ædificatum est in littore, publico usui non nocere, possit videri iniuriam facere princeps, si opus deijci jubeat, nisi contra interdictum eius legitimum fuerit extructum.

LIT. G.

Publica in specie.] De distinctione harum à communibus, jam diximus, & Hottom. sententiam, qui ea pro iisdem habet, improbavimus. Definitio autem Tr. quod sint in populi alicuius ditione, ambigua est, quia iuxta ante dicta etiam aliqua communia dicta, veluti littora, in ditione populi vel principis esse dicuntur

l.3. ne quid in loco publ. Neque ratio congruens apparet, cur magis in ditione populi vel principis sint portus & flumina, quam littora maris: nisi quod in portu nihil ædificare licet, quippe quod omnimodo futurum sit cum incommodo navigantium, ex quo ipso tamen apparet, totum hoc ferè à commodo & utilitate publica dependere.

Flumina] Ipsa quidem aqua procul dubio communis est, sed flumina publica, & quidem omnia ut ait Justin. *in* §. 2. *Inst. hoc titul.* quia intelligit flumina propriè dicta, quæ perennia sunt, quæ omnia publica *l.1.* §. 3. *de flumin.* privata autem quæ dicuntur flumina *in d.* §. 3. propter quæ *in l.4. de rer. divis.* adiecta est particula *penè*, abusivè flumina dicuntur, ut rectè *Donell.* 4. *comm. nt.* 3. contra *Hottoman.* 8. *obser.* 4. quo improprio significatu etiam in materia servitutum fluminis mentio fit.

Item alveus.] Hic scilicet rectè publicus dicitur, sub qualitate hac alvei, quatenus à flumine contentus consideratur §. *quod si.* 23. *Instit. hoc titulo.* cæterum simpliciter publicum dici non posse, evidenti argumento est, quod destitutus à flumine iis acquiritur proprietario jure, qui propè ripam prædia possident: cuius rei ratio est, tum compensatio commodi ad damnum, quod flumen vicinis agris infert, tum coniunctio alvei cum prædiis vicinis, propter quã alveus licet qua contectus à flumine usum eius impediente, publicus dicatur, pars tamen videtur esse fundorum, quibus adeo flumine decedente accrescit, de quo pluribus agitur infra thes. 5. Et hinc etiam notandum est, non omnia eodem sensu & modo publica dici, & aliter etiam differre inter se publica, quam Treutler. refert, quod quorundam proprietas sit nullius, in quibusdam sit aliquorum, veluti in ripis: quamvis accuratius loquendo ex usu communi publica æstimantur, non ex eo, an proprietas sit alicuius necne. In eo quoque errare videtur Treut. quod portus & fluminis usum iis saltem publicum facit, quorum fines alluuntur: quoniam imò si in flumine & mari omnibus omninò navigare licet, necessum quoque est portus & fluminis usum omnibus publicum esse: quod præsertim in modico alicuius principis populivè imperio, nimis angustis finibus usus publicus fluminis aut portuum constringeretur.

Vnde in flumine publico ædificatum.] Infert ex præmissis, quod in flu-

in flumine publico ædificatum acquiratur ædificanti. Atquin ita præsupponitur necessario, quod tamen expeditum non est, in hoc quoque esse positum usum fluminis, ut in eo liceat ædificare: adeoque parum distabunt flumina ab ipso mari. Cui sententiæ duo obiiciuntur 1. *l. pen. §. ultim. hoc titulo.* ubi dicitur publicum esse, quod in flumine publico natum & ædificatum est. 2. quod sicut insula in flumine publico enata fit privata eorum, qui propè ripam prædia possident, eiusdem iuris esse videtur, quod alveo inædificatum eminet extra flumen. Respondeti potest ad primum, publicum fieri, quatenus exposcit usus navigantium, de quo pluribus infra *thes. 5. liter. H.* Ad 2. quoniam flumen adhuc alveum continet & contigit, neque ædificium pars alvei est, privatorum quoque illud effici non potest: sed destituto alveo videri possit mutari causa dominii: quod tamen difficilius fiet, ut dominium semel alicui quæsitum, sine facto aut culpa eius amittatur, de quo dict. thes. 5.

LIT. I.

Privata.] Quæ scilicet sunt in dominio singulorum, ex iure gentium quod dominia distinxit juxta *l. 5. de iustitia & iure.* ut non obstet, quod ex Cicerone adducit Tr. natura res nullas esse privatas: ad quem locum respondet Treut. quod natura omnia fuerint communia: quod admitti potest verbo impropriè sumto, quod sc. natura & ab initio bona fuerint vacua, quæ cedebant occupanti: cæterum propriè loquendo verum non est, quod natura omnia fuerint communia. Quod ut rectius intelligatur, notandum est, dupliciter bona in republ. vel populo aliquo communia dici posse, 1. ut quilibet utendi liberam habeat rebus & bonis, quæ omnibus æqualiter exposita sint, facultatem: cuiusmodi communionis rationem in nullo unquam populo, aut fuisse, aut futuram, aut esse posse existimo. 2. ut nemo quid privatum possideat, sed omnia omninò bona à certis personis publicè constitutis in singulos cives pro cuiusque conditione & necessitate dispensentur: cuiusmodi communio initio nascentis Ecclesiæ Hierosolymis inter fideles fuit, & eam hodieque urgent & quibusdam locis observant Anabaptistæ: eandemq; Plato in repub. sua quam decem libris descri-

psit, defendit, & contra quam disputat *Arist.c.3.lib.2.Polit.* quod ea vix sit possibilis, nec unquam talis extiterit respublica, neque citra distinctionem aliquam tribuum, curiarum, &c. quarum diversa iura esse oporteat, civitas consistere possit: & ibid. quatuor incommoda eiusmodi communionis proponit, 1. quod sit causa contentionis. 2. quod sit causa negligentiæ. 3. quod privet homines maxima voluptate, quæ percipitur ex usu rerum propriarum ex quibus quisq; amicis & coniunctis benefacere cupit. 4. quod præstantissimarum virtutum, liberalitatis & magnificentiæ usum & officium, imò ipsas virtutes, quæ opere & functione perficiuntur, tollat. Et quod communione illa malis quibusdam, veluti contentionibus & disceptationibus forensibus, obviam itur, non satis ad eam probandam esse putat Aristot. vel quia præponderent incommoda, vel quia litium causa non principaliter à distinctione dominiorum, sed à malitia hominum est, cui bonis legibus sit obviandum. Sed hæc obiter.

LIT. K.

Quod à proprietate differt.] Non satis expeditum est, quomodo dominium differat à proprietate: & Treutl. differre ait tanquam genus à specie: quod verbis propriè sumtis procul dubio falsum est, quippe quod dominium de proprietate, eo modo quo genus de specie, non prædicetur: & falsum esse ex ipso Tr. apparet, qui abusivè speciem, pro obiecto sumit, dum dominium aliud ait esse proprietatis, aliud possessionis, aliud obligationis, aliud servitutis: certum autem est, servitutem, obligationem, & possessionem species dominii dici non posse: nec minus certum, plurimum ista inter se differre, proprietatis esse dominium, & proprietatem esse dominium. Sed videamus ne & hæc ratio distinguendi dominii à proprietate falsa sit: quoniam minimè hoc modo de servitute, possessione & obligatione, quo de proprietate, quæ omnia pariter obiecta dominii facit Tr. iura loquuntur, sed in ipsa proprietate dominium rei constituunt, ut apparet *ex l. rectè dicimus, 25. de V. S.* & ne longior sim in recensendis variis opinionibus & distinguendi rationibus, quæ præter citatos Tr. à Cuiac. 10. *observ. 16. Duar. 2. disp. anniverf.* 17. proponuntur, crediderim nō improbabiliter dici posse, proprietatem esse quasi partem integrantem dominii pleni, & ita

ita verbum relatum, ad usumfructum quod tamen frequentius, quia ususfructus pro servitute habetur, pro ipso dominio accipiatur: quomodo libertus & libertinus pro iisdem usurpantur, licet propriè loquẽdo libertus sit relatum patroni: & ita proprietas pro dominio usurpatur *in l. qua ratione §. item si quis. h. t. §. hoc amplius. Inst. eod. l. si procurator. & l. cum in corpus. D. eod.* Porrò non rectè à Tr. videtur proprietas accipi & usurpari pro ipsa re: neq; ea usurpatio probatur *ex l. 4. C. de probat.* aut al is textibus, quibus dominii proprietatis fit mentio: siquidem ipse Tr. paulo post hoc oppositivè ad dominium ususfructus dici existimat. Apparet autem hinc, cùm Treut. rem & proprietatem pro iisdem hic accipiat, quam absurdè proprietatem statuat speciem dominii: sicut & in specie accipiendum erit verbum *rei*, siquidem servitutes quoque & obligationes, quarum dominium admittit, res sunt.

Sed paulo amplius de obiectis illis dominii, quæ Treutlerus constituit, videndum est: & 1. statuit dominium etiam esse obligationis, cum *Gœdd. ad l. 49 de V. S. num.* 8. Sed mihi quidem ex ratione iuris nostri hoc modo duo maximè distincta, & inter se opposita, dominium & obligatio, & utriusque acquirendi modi, contra receptissimum in iure nostro usum, confundi videntur: & sicut qui rem nostram possidet nullo modo obligatus dicitur §. 1. *Institut. de action.* ita nec ex adverso dominium quicquam cum obligatione commune habet: & aliàs eiusmodi admissa confusione, condictiones & rei vindicationes, personales & reales actiones inter se confundere, & illas ad dominium, has ad obligationem transferre liceret. Neque admittam, jus aliquod ex obligatione existens confingi, cuius dominium dici queat: quoniam jus, cuius dominium esse dicatur, ita comparatum esse oportet, ut actio in rem eius vindicandi, asserendi, & contra quemcunque turbantem defendendi, prodita sit. Nec movere quem debet, quod nomina debitorum & actiones, donari, vendi, cedi, legari in jure passim legimus. Etenim 1. obligatio hoc modo non transfertur, neque ipsa re vera personalis actio, quam Dd. communiter inseparabiliter ossibus creditoris inhærere dicunt, sed tantum vigore mandati quod ex ratione iuris accedere oportet, jus movendi actionem ex persona ipsius creditoris, ut actio ipsa nihilominus in huius persona resideat, eidemque ius agendi competat, *per l. 3. C. de novat.* quod evi-

denter arguit nullam hic re vera factam esse translationem: sed Impp. postea rescriptis suis æquitatis intuitu præter rationem juris utiles actiones introduxerunt, quæ adeo non tam nativæ, quam dativæ censendæ sunt, qua de re alibi tractatur. Neque video dominium istud obligationis probari *ex l.49. de V.S.* ubi in bonis esse dicuntur quæ sunt in actionibus: etenim hoc dicitur respectu rerum quas persequendi jus habemus, & hoc saltem sensu, quod tanto locupletior quis habeatur, quoniam ut alibi dicitur, qui actionem ad rem habet, ipsam rem habere videtur.

Servitutum & possessionis.] De dominio servitutum dicemus liter. sequ. possessionis autem dominium commentitium esse non dubito, neque ullibi ita verbo dominii abusos repertas aut Imperatores aut JCtos quin attestantur hi potius, nihil commune habere dominium cum possessione *l.12. de acquir. poss.* neq; possessio res aliqua est, sed nihil nisi rei detentio, & utcunque cum quibusdam possessionem jus esse dicas, nihil amplius tamen esse potest, quam jus & facultas insistendi rei, cujus inepte quis dominium dixerit, nisi totum jus nostrum conturbare & confusionem rerum verborumque inducere velit. Frustra autem huc à Cuiac. adduci *leg.1. de bon. possess.* ostensum est supra *disput.15. th.1. lit.B.*

LIT. L.

Est ius cuique rei.] Sive appelles ius dominandi, vel liberè de se disponendi, parum interesse videatur. Neq; inconcinna videtur *Wesembec. in paratit.* hic definitio, quod dominium sit ius quo res nostra est: quam frustra vellicat *Gœdd. in l.49. de Verbor. Signific.* hac ratione, quod ita etiam usucapio, traditio, donatio, &c. sint futuræ species dominii. Etenim hos modos acquirendi, titulos & causas appellari scio, sed iura usquam appellari haud puto: neque Wesembec. intelligit causam efficientem ex qua & per quam res nostra fit, sed ius illud ipsum quo res nostra est, cuius potestate & autoritate nobis inhærente rebus dominamur, & de iis disponimus.

Nam & incorporalium rerum.] Non satis expeditum hoc est, quod hic statuit Tr. rerum incorporalium propriè dominium esse: quam sententiam & textibus, & rationibus quæ ex citatis textibus

bus colliguntur confirmat Treut. & textus sunt *in l.3. si usufruct. petat. in fin.* ibi, *dominium usufructus*, & *in l.15 §. ergo. 8. quod vi aut clam*, ubi dominii rationem haberi ex eo probat Jureconsultus, & eo exemplo ostendit, si servitus vel ususfructus sit amissus. Alii autem textus qui in hanc rem citari solent, parum aut nihil ad hanc rem faciunt, veluti *l.52. h. tit.* ad quam eadem responsio est quæ *ad l. 49. de Verb. Sign. l.4. de usufruct.* de cuius explicatione actum supra *part. 1. disp. 16. th. 1. aut l. 118 in fin. pr. de V. O.* ubi fructuarii dicuntur uti iure domini in iis quæ ex re ipsorum stipulantur, vel acquirunt servi fructuarii, unde dominium usufructus inferri non potest: *l. 70. §. 2. de fideiussor. l. 76. §. 6. de legat. 2. l. 58. de Verbor. Obligat.* cum similibus quibus scilicet, propter emolumentum usufructus pars fundi esse dicitur, de quo etiam actum *d. part. 1. disp. 16. thes. 1. lit. B.* nihil etiam facit *l. 8. in princ. de bon. author. iudic. possid.* ex qua hoc tantum probatur fructuarium hactenus domini loco censeri, ut bonis ex edicto possidendis & vendendis, usufructus quoque contineatur. Neque magis ad probandum hoc dominium rerum incorporalium facit, quod Gœdd. de iure emphyteutæ & mariti affert: quia imò emphyteuta & maritus ipsius rei in emphyteusin concessæ aut dotalis domini sunt, ut alibi tractatur. Et tamen pro confirmanda sententia Treutleri præter textus illos duos supra citatos hæ faciunt rationes 1. quod cum proprietas sit quasi relatum usufructus, huius dominium inde argui possit, quod multis locis iuris nostri mentio fit dominii proprietatis *l. 4. C. de probat. l. 20. de damn. infect. l. 22. & l. 25. §. 2. de usufruct. l. 17. quibus modis usufruct. amitt. l. 10. §. 3. & l. 49. hoc titulo. l. 2. de pecul. l. 66. de iure dot. l. 13. in princip. l. 15. §. 6. de usufruct. l. 16. de usu & habit. l. 28. §. 1. de usur. l. 57. soluto matrimon. l. 2. §. 7. de religio.* Et tamen ad hoc argumentum responderi possit, non tam quod proprietas aliquando designet ipsam rem, quoniam hoc rarius est, quam potius, dici dominium proprietatis, non oppositivè ad dominium usufructus, sed ad dominium plenum, ut per illud intelligatur, alium ius in re habere, *argument. § ultim. Institut. de usufruct.* ibi, *incipit proprietatis dominus plenam habere proprietatem.* Quæ responsio rectior est, quàm aliorum, per deductionem ab absurdo, quod si hæc consequentia procederet: est dominium proprietatis, ergo etiam est dominium usufructus: etiam procederet hæc, est dominium rei, ergo

etiam

etiam est dominium non rei: si quidem absurda est entis cum non ente comparatio.

Alia ratio pro Tr. ita concluditur & ab effectu: quod actio in rem & vindicatio præsupponere videtur dominium, *arg. l.23. in pr. de rei vind.* servitutes autem petuntur & vindicantur *t. t. si usufruct. petat. & t. t. si servit. vind.* Responderi hic video à viro clarissimo, qui novissimè dominium rerum incorporalium oppugnavit, quod pro servitutibus tantum utilis in rem actio detur, ad similitudinem rerum corporalium. Verum 1. etiam sic dominium rerum incorporalium admittendum erit, neq; puto ex vera ratione dominium distingui posse in proprium & improprium. Deinde fallacia hic committi videtur, quoniam utilis actio quæ datur emphyteutæ & vasallo, iuxta *l.16.§.2. de pignor. act. & tit. 8. lib. 2. feudor.* non est vindicatio iuris, sed ipsius rei: actionem autem confessoriam quæ pro servitute datur utilem in iure appellari non video. Quod autem *ex l.1. si servit. vindic.* idem putat probari vindicationem veram non esse servitutum, non satis assequor: & simplex illius loci hæc sententia est, sepulchrum quidem utpote rem divini iuris, non vindicari, sed viam ad sepulchrum iure servitutis constitui & vindicari posse. Possit meo iudicio aliter responderi, quod si ex actione confessoria rectè possit probari dominium servitutis, etiam ex actione negatoria posset probari dominium libertatis, quoniam & ipsa in rem est. Et istud tamen vix dici posse videtur, & qui simpliciter negat, & liberas suas ædes esse contendit, cuius iuris dominus sit aut dici queat, difficulter quis statuerit: nisi quis existimaverit, necessitatem quodammodo introduxisse hanc actionem, ut ad exemplũ confessoriæ, actio esset, qua quis contra turbantem libertatem prędii sui asserere posset: & quod vindicatio libertatis sit recepta ad similitudinem vindicationis servitutis: ut proinde comparatio ista non procedat.

Tertia & fortior ratio pro sententia Tr. hæc afferri potest. Quæcunq; res præcedente iusto titulo & causa tradi & apprehendi potest, eius etiam potest esse dominium. Atqui etiam res incorporalis potest ex iusto titulo tradi & apprehendi: ergo & eius potest esse dominium. Et de titulo & causa dubitari non potest, quoniam servitutes legari, vendi, & aliis modis transferri possunt *l.3.§.2. de action. empti. l.5. in princ. de usufruct. §. ult. Instit. de servit prædior.*

Tra-

Traditio earum probatur *ex d. l.* 3. ubi dicitur dari usumfructum, non quidem de manu in manum, sed subtilius per inductionem & patientiam *d.l.3. juncta l.1.§. ult. de servit. præd. rustic.* ibi, *traditio servitutum.* Apprehensio earum est in usu, in quo etiam possessio servitutum consistit *arg. l. 3. de usufr. & d.l.3. de action. emt. & l.14. de serv.* Neque obstat quod *in d. l.3. §. 2. de act. emt.* negatur hic esse traditio vacuæ possessionis, Etenim talis traditio qualis est rerum corporalium, ut alter de possessione decedat, & vacuam relinquat, hic non est, nec ejusmodi possessio, qua rei incumbam & eam corpore detineam, de qua *in d. l.* 3. loquitur JCtus, sed est tamen & traditio & apprehensio, qualem natura ipsius rei patitur: cum præsertim servitutes ut plurimum ita vendantur & transferantur, ut per quasi traditionem & usum in esse deducantur: ex quo etiam *ad l.* 43. §. 1. *h. t.* respondendum est.

Pro altera sententia, quod dominium rerum incorporalium non sit, hæc afferuntur. 1. quæ non propriè & verè possidentur eorum non est dominium proprium. Atqui constat servitutes propriè non possideri *l. 32. in f. de servit. urban. ergo, &c.* Ratio majoris sumitur *ex l. 1. in pr. de acquir. poss.* ubi JCtus dominia ex naturali possessione cepisse ait. Responderi potest 1. non propterea dominium improprium esse quod naturaliter non acquiratur: alias & dominium proprium legati aut rerum hereditariarum sola agnitione quæri non posset. 2. à quasi possessione male inferri ad quasi dominium: quoniam possessio non est causa dominii, sed magis titulus præcedens vel potius ex titulo à domino facta traditio: cæteroquin & magis traditione ficta quæ fit per clavium vel instrumenti traditionem, obsignationem, custodis appositionem, de quibus infra agetur, fictum dominium transferri falso quis concluderet.

Deinde affertur: quod tantum in dominio sint res mobiles & immobiles, incorporales autem tertiam speciem constituunt, ut communissimè Dd. tradunt. Respondetur vel quod sicut in aliis partibus juris, ita & hic incorporalibus accenseri possint: vel potius quod antecedens sit falsum: neque enim tantum isto modo dividuntur res, sed etiam in corporales & incorporales, *t. t. Institu. de reb. corporal.* qui subjectus *tit. de acquir. rer. dom.* quasi arguere videtur, incorporalium etiam rerum esse dominium.

Tertium argumentum est. Quæ res absens non facit, quominus dominium totum nostrum sit, eius nō potest esse dominiū. Atqui usus fructus quem alius in re habet, non facit quo minus tota res sit proprietarii, *l.* 25. *de V. S.* ergo usus fructus non est dominium. Verum propositio major neganda est, & fallacia hic homonymiæ committitur, quoniam aliud est dominiū rei, aliud dominiū juris: rei ipsius, veluti fundi, agri, servi dominus in solidum proprietarius est, licet in iis alius habeat usumfructum, quem scil. partem fundi non esse constat, ut propter eum aliquam fundi partem alienam esse dici non possit: vitiosè autem hinc juris alicuius quod à re separatum est, dominium esse non posse infertur.

Quarto obijcitur quod tantum rerum corporalium, sit vera & propria vindicatio. Sed ut maximè aliquando verbum hoc vindicationis in potentiore significatu de rebus corporalibus dicatur, & de hoc genere actionis in rem l. 12. tabb. loquutam esse concedatur, attamen vindicationem servitutum impropriam esse non efficitur.

Frustra autem affertur *l. un.* §. 5. *de remiss.* ubi intelligitur dominium rei: frustra etiam *l.* 1. §. 1. *d. SCto Silan.* cujus ead. est sententia quæ *l.* 25. *de V. S.* frustra etiam *l.* 2. §. *de religios.* quæ etiam de dominio ipsius fundi loquitur, quo intuitu fundus fructuarii rectè esse negatur, quo etiam pertinet *l.* 43. *in f. de furt.*

Quibus consequens est, vitiosam esse definitionem Bartoli, quam cæteri vulgo sequuntur, quod dominium sit ius disponendi de re corporali: definitio enim Wesembecii & si quæ sunt id genus aliæ, re ipsa cum definitione Tr. conveniunt.

THESIS II.

Post definitionem debebat subiici divisio, quam ideo fortassis omisit Tr. quod dominium pro specie infima accipit, ut apparet ex iis quæ tradidit supra *part.* 1. *disput.* 16. *thes.* 1. *& part.* 2. *disput.* 15. *thes.* 1. ubi improbat distinctionem vulgatam in utile & directum, de quo ibid. sententiam nostram exposuimus. Cæterum ex iure antiquo dominium distinguendum fuerit in prætorium & civile, itemq; in plenum, & non plenum, & hoc vel bonitarium tantum vel quiritarium tantum, ut citatis locis expositum est

est & disp. 28. part. 1. th. 1. lit. B. Hodie quidam dominium implenum & nudum distinguunt, quamvis ista distinctio rectius proprietati accommodetur quam dominio *arg. l. 25. de V. S.*

Lit. A.

Incipit hic tractare de modis acquirendi ex iure naturali sive ve potius jure gent. quoniam ius naturæ propriè dictum ad distinctionem & acquisitionem dominii non pertinet. Monet autem hic initio Tr. distinguendos esse modos ab acquirendi causis, quod hæ præcedant illi sequantur. Sed offendit hic Tr. dum ut generale proponit, quod speciale est, videlicet traditioni, aut potius ei acquirendi modo, quo rem domino vel alio eius voluntate eam tradente, accipimus & occupamus: quo pertinet regula vulgata, per traditionem nudam sine præcedente causa, dominium non transferri *l. nunquam 31. h. t.* cæterum in reliquis acquirendi modis, ista distingui commodè non possunt, & simul sunt, & ipsis acquirendi modis causa innexa est & implicata.

Lit. B.

Quatuor proponit acquirendi modos, occupationem traditionem, accessionem & specificationem. Quæ distinctio non satis accurata videtur: vel quia non traditio, sed rei traditæ acceptio, modus acquirendi est: vel potius quia quatuor istorum mēbrorum accurata oppositio non est, cum præsertim in plerisq; occupatio quoq; interveniat. Fortassis rectius ita dixerimus, quod occupatio in genere sumta, vel sit vera vel ficta: hæc qua res occupat rem sibi adjectam, & hanc vel à natura vel opera humana: & hic rursus vel specie mutata, vel specie durante. Occupatio vera vel est rerum quæ nullius sunt, vel quæ alicujus: illa vel est venatio vel inventio: hæc fit vel invito domino, cum res hostium jure belli occupantur, vel volente domino, si is vel alius ejus voluntate rem nobis tradat. Quæ membra distinctius in sequentibus explicantur.

Lit. C.

Proponuntur species occupationis strictius sumtæ, & primò captivitas, quæ est occupatio rerum hostilium, imò & ipsorum hominum: cujus effectus est, ut sint in dominio occupantium, &

personæ captæ servi efficiuntur, quæ maxima capitis diminutio est.

Vt & emancipati.] Inepta hæc comparatio est capitis diminutionis maximæ cum minima: licet enim emancipati in servitutem imaginariam deduci dicantur *l. 3. de capit. minut.* attamen inepta & hæc servitutis imaginariæ & momentaneæ, cum vera comparatio est. Neque alia de causa hoc adjecit Tr. nisi ut occasionem haberet loco quamvis prorsus alieno proponendi, etiam hodie emancipationem esse capitis diminutionem, quod etiam alienis locis proposuit *part. 1. disp. 24. th. 7. lit. F. & disp. 17. th. 3. lit. A.* cuius rei sedes propria est *d. part. 1. disp. 11. th. 16. lit. C.*

LIT. D.

Vel rerum.] Vix existimo in usu juris dici captivitatem rerum: sed Tr. eo respexit, quod etiam res ab hostibus occupatæ postliminium habent *l. 9. de legat. 1. l. 36. de religios.*

Sive alicuius sive nullius.] Quoniam etiam res quæ hostibus sacræ sunt aut religiosæ occupatione acquiruntur, & profanæ efficiuntur *d. l. 36. de relig.* male autem citavit *l. 3. in pr. h. t.* ubi tractatur de alia specie nullius quæ occupantur venatione.

Mobiles sive immobiles.] In hac quæstione *Donell. 4. commen. 21.* non obscurè cavillari videtur. Etenim regulam hanc ponit indistinctè, capta fieri capientium, sive mobilia sint sive immobilia: neq; contrarium probari posse *ex l. 20. §. 1. de captiv.* ubi ager ex hostibus captus obligari dicitur: non magis quam *ex l. pen. ad l. Iuliam peculatus*, sequatur, res mobiles non fieri capientium. Sed vitiosa comparatio est, quoniam res immobiles non sunt objectum habile occupationis de qua hic agitur, quæ rem facit esse in singulorum dominio. Et hoc ipsum fatetur & admittit Donellus, non fieri privatorum, sed ducis vel populi victoris, qui scilicet intelligatur deijcere & expellere hostes, victoria scilicet plena de iis parta, quæ cum sit principis non privatorum, nullum his jus in rebus immobilibus occupandis esse potest. Ex quo necessario infertur hic ubi de causis acquirendi singularibus tractatur, omninò inter res mobiles & immobiles distingui oportere. Et igitur objectum hic occupationis sunt res mobiles, etiamsi, ut Treu. subijcit à duce belli non dividantur, licet diversum videatur existimare *Donell. d. lib. 4. c.*

21

21. Res difficilis non videtur, quod ſcilicet immobilia cedant victori populo vel principi, mobilia etiam militum privatorum ea occupantium efficiantur, niſi aliud conſtituerit princeps & dux exercitus, qui aliquando urbium v. c. occupatarum vel expugnatarum prædam, vel totam vel eius partem in publicum redigere, vel concedere militi poteſt, & hoc rurſus vel ita, ut vel quiſq; proprium habeat quod cepit, vel ad Imperatorem deferat, qui prædam captam vel ex æquo vel pro meritis & dignitate cuiuſque militis, dividat: cuius rei plurima apud Livium & alios hiſtoricos extant exempla. Hæc autem acquiſitio fundatur in iure gent. ſecundario quod introduxit iura bellorum, quo omnes gentes ita uſæ ſunt, ut ſuperatis hoſtibus, res ipſorum & ipſi in victoris eſſent arbitrio & poteſtate: quod eleganter expreſſit Xenoph. in perſona Cyri maioris lib. 7. in f. d. inſt. Cyri: νόμος ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλεις ἁλῷ τῶν ἑλόντων εἶναι καὶ τὰ σώματα τῶν ἐν τῇ πόλει, καὶ τὰ χρήματα: & idem *Xenoph. lib.* 4. hoc iure, Syros, Aſſyrios, Arabes uſos eſſe teſtatur: itemq; Parthos & Germanos, *Iuſtinus lib.* 41. *Tacit. in lib. de morib. German. & ICtus in l.* 24. *de captiv. & poſtl. rev. Iuſtinian. in* § .1. *Inſt. de his qui ſunt ſui vel al. iur.*

Ab hoſtibus recepta.] Quæ ex Romanis ceperunt hoſtes, rurſus fiunt Romanorum ſi ab iis recipiantur: ita ſi hoſtes receperunt, quæ Romani occupaverunt, eod. iure utuntur: idque pertinet ad res dominio ſubiectas, homines autem capti & in ſervitutem redacti, ſi revertantur, libertatem priſtinam recipiunt.

Niſi transfugæ ſint.] Et ergo ſub rebus comprehendit perſonas, quoniam illas iterũ fieri ait priorũ dominorũ, niſi transfugæ ſint res autẽ utiq; nõ trãſfugiũt. Eſt autẽ revera inconcinna hæc exceptio: quoniã aut quæritur de ſervis trãsfugis, & hi recepti priſtinis dominis reſtituũtur, aut ſupplicio afficiũtur: aut de liberis hominibus, & de his fruſtra id quæritur, ſiquidem nunquam alicuius fuerunt. Sed Tr. hoc videtur dicere velle, quod transfugæ non habeant ius poſtliminii *l.* 19. §. 7. *de captiv. & poſtlim. reverſ. arg. l.* 5. §. 1. *d. cap. minut.* quoniam & transfugæ dicuntur deficere ad hoſtes, ideoq; impunè occiduntur *l.* 3. § *ult. ad L. Cornel. d. ſicar.* & capitaliter puniuntur *l.* 8. §. 2. *& l.* 38. §. 1. *de pæn.* ex quo loco video à gloſſatoribus quibuſdam explicari quod dicitur *in l.* 51. *h. t.* transfugam iure belli recipi: quæ videtur etiam mens eſſe Tr. citantis huc *d. l.* 51. *& Donell.* 4. *comm.* 21.

cui, transfugas iure belli recipi, hoc significat, eos tanquam hostes redigi in potestatem. Sed hispida hæc & vitiosa explicatio, simplex autem & perspicua hæc est, eos qui ab hostibus ad nos transfugiunt, & consilia hostium nobis detegunt, iure belli, id est eo non violato, & salva fide, quæ etiam in bello & inter hostes observatur, recipi posse.

LIT. E.

Venatione.] Hæc est secunda species occupationis secundum Tr. estq; triplex, venatio in specie, aucupium & piscatio. Ubi vitiosè Tr. cum etiam pisces & aves sine controversia bestiæ sint, has tamen illis opponit, & male bestias accipit pro feris quadrupedibus, quæ in sylvis vagantur. Sed in genere occupatio ferarum, captivitas dici posset, (quæ tamen etiam interse opponit Tr.) cum præsertim secundum Aristot. 1. Polit. etiam hominum, quos natura ipso iudice ad serviendum produxit, quædam sit venatio: licet istam sententiam minimè putem esse probandam.

Si omninò feræ sint.] Hic iterum mutilus & imperfectus est Tr. dum his quæ omninò feræ sunt, opponit tantum cicuratas, quæ tum demum obiectum venationis iterum esse incipiunt, postquam in naturalem libertatem se receperunt: & ita omittit eas quæ nullo modo sunt obiectum venationis, utpote naturæ cicures & mansuetæ, cuiusmodi sunt gallinæ. Sed & in eo peccat, quod hanc distinctionem, ferarum & cicuratarum restringit ad aves, cum tamen etiam locum habeat, v. c. in cervis §. *pavorum.* 15. *vers. cervos. Inst. h. t.* Et ergo plenius hic distinguendum est, quod bestiæ vel natura sua sunt mansuetæ, ut gallinæ, & nullo modo occupari possunt: vel natura feræ, vel mixti generis, cuiusmodi sunt columbæ & apes *l.* 8. §. 1. *famil. ercisc.* quoniam quasi sedes in nostro fixerunt, dum versantur in columbariis & apiariis: unde explicandus & limitandus est. *Iustin. in* §. *apum.* 15. *Institut. h. tit.* Et ad harum naturam accedunt, quæ industria humana mansuefiunt, veluti cervi, iuxta §. 15. *vers. cervos. Instit. h. tit.* & utraque hæc species censetur iure mansuetarum, usque dum animum revertendi deposuerunt *d.* §. 15.

Illud non interest.] De occupatione ista, regula hæc proponitur, quod feræ bestiæ quæ nullius sunt, cedunt occupanti: quæ

verba

verba triplicem innuunt limitationem 1. ut ſint feræ beſtiæ, non manſuetæ, non etiam manſuefactæ, nec mixti generis, iuxta paulo ante dicta. 2. ut ſint & durent occupatæ, iuxta §. *feræ.* 22. *Inſtit. h.t. verſ. quicquid.* 3. ut ſint re vera occupatæ, nec ſatis ſit vulneratas eſſe, iuxta §. *illud.* 13. *Inſtitut. hoc titul.* His poſitis dupliciter ampliatur regula propoſita 1. ut obtineat etiamſi feræ captæ in alieno, *dict.* §. 12: etiamſi in ſylvis circumſeptis, ex ratione *l.* 3. §. *item feras.* 14. *de acquirend. poſſeſſ.* ex quo loco probatur aliud eſſe in feris quas occupatas incluſimus vivariis aut piſcinis. Ampliatur 2. ut procedat etiamſi quis contra prohibitionem domini ingreſſus feras occupaverit: quæ ſententia probatur his rationibus. 1. quia generaliter traditur capta fieri occupantium. 2. quia prohibitio efficere non poteſt, ut feræ deſinant eſſe nullius, & quo minus occupatio ſit modus acquirendi ex iure gent. adeoque effectum ſuum ſortiatur. 3. quia itidem prohibitio non poteſt efficere ut res acquiratur domino prohibenti, ut proinde neceſſum ſit acquiri occupanti. 4. quia contra ingredientem prodita eſt actio iniuriarum *l.* 13. §. *ult. inſ. de iniur.* per quam cum ſatis coerceatur. occupatio in ſtatu ſuo relinqui videtur. Ut proinde fruſtra hoc ipſum pro contraria ſententia adducatur, quod ingrediens à domino poteſt prohiberi *dict.* §. 12. *verſ. plane Inſtitut. h.t.* quoniam prohibitio non ad eum fit effectum, ut ne acquiratur quod occupatum eſt, ſed ut ingreſſus actione iniuriarum teneatur. Non obſtat etiam quâ ſola movetur *Cuiac.* 4. *obſerv.* 2. *l. in laqueum.* 55. *hoc tit.* 1. quia ibi non tantum hæc proponitur diſtinctio, an permiſſu eius annon laqueus poſitus ſit, ſed etiam aliæ, an in publico an in privato, meo an alieno. 2. ut maximè non omnes principales diſtinctiones, ſed poſteriores ſubdiſtinctiones eſſe concedam, non tamen hæc illius loci quæſtio eſt principalis, an factus ſit capientis aper nec ne, ſed an & qua actione qui aprum exemit, poſſit conveniri. Sed & 3. in genere proponit in fin. leg. *ſi in meam poteſtatem pervenit*, &c. ut inde omnibus caſibus capientis fieri poſſet liceat colligere. Quibus accedit, quod poſtrema ſubdiſtinctio hæc eſt, an aper ita hæſerit, ut ſe expedire potuerit, nec ne: & fortaſſis ad rem facere quis exiſtimaverit,

Fera in alieno capta e capientis.

maverit, quod ibi non de laqueo contra prohibitionem domini posito tractatur.

LIT. F.

Piscium.] Illud constat capientis fieri pisces in mari & fluminibus lacubusq; publicis: sed in privatis idem iuris esse negat Tr. *cum Donell.* 4. *commen.* 8. sed pro *Cuiac.* 4. *obs.* 2. & quod pisces in stagnis privatorum capti iure gent. sint occupantis, fortiter hæc ratio militat: quod quæ non possidentur & in nullius sunt dominio, & consequenter adhuc in libertate sua naturali, ea cedunt occupanti: atqui eiusmodi sunt pisces qui sunt in stagnis etiam privatis: ergo, &c. Minor est *in l.* 3. §. *item feras.* 14. *de acquir. poss.* ubi pisces qui in stagno sunt opponuntur iis, qui iam occupati piscinis suut inclusi, ut inde alibi vagantes pisces alterius iuris esse intelligamus: & amplius pisces in stagnis eiusdem iuris esse traduntur, quo feræ quæ vagantur in sylvis circumseptis, quæ nullius sunt & occupanti cedunt.

LIT. G.

Tandem inventione.] Hæc est tertia species occupationis secundum Tr. cuius obiectum est triplex res pro derelicto habitæ thesaurus, & gemmæ lapilliquè in littore maris. Hac lit. agit de prioribus duobus obiectis, & iis rebus, quæ antea alterius fuerunt. Dicuntur autem res pro derelicto habitæ, quas libera voluntate sciens quis à se abdicat, ita ut eas amplius in numero rerum suarum esse nolit, iuxta §. *quâ ratione.* 47. *Inst. h. t.* per quam descriptionem duæ rerum species, quæ occupantis non fiunt, excluduntur. 1. quæ casu amissæ sunt. §. *ult. Inst. h. t.* 2. quæ urgente necessitate veluti levandæ navis causa proiectæ sunt *d.* §. *ult.* Cui §. non leviter adversatur *l.* 43. §. 11. *de furtis.* ubi res ita proiectas, indubio pro derelictis habendas esse traditur. Responderi potest 1. quod actio ista, ut pluribus Aristoteles tradit 3. *Ethic.* 1. sit mixta ex invito, cogente scilicet principio externo, & spontaneo, quoniam quisque mavult merces suas quam se perire: qua consideratione, dum principium proximum respicimus, quod voluntarium est, possit res videri habita pro derelicto, mexime si quis intueatur opinionẽ proiicientis, qui res ita iactatas non dubitat perituras, & illo quidem

dem tempore vix ullam eas recuperandi ſpem habet. 2. quod JCtus *in d. l.* 43 ita reſponderit, ut à crimine furti excuſare poſſet inventorem huiuſmodi rerum, modo non eas animo lucrandi celaverit, juxta *d.* §. *ult. Inſt. h. t.* Atque ſub has res pro derelicto habitas ſuo quodammodo referri poſſunt mobilia in vulgus ſparſa, de quibus *in* §. *hoc amplius.* 46. *Inſt. h. t.* licet alio ſenſu ibid. ſparſio illa ad traditionem referatur.

Item theſaurus.] Hoc alterum eſt ſubjectum inventionis, videlicet theſaurus, qui hoc loco non ſignificat quamvis depoſitam pecuniam, ut *in l. theſaurus.* 15. *ad exhibend. l. peregre.* 44. *in pr. de acquir. poſſeſſ.* ſed veterem pecuniæ depoſitionem cujus memoria non extat *l. nunquam.* 31. §. 1. *h. t.* ut conſequenter, cum jam dominum non habeat, cedat occupanti. De hoc autem ita jus eſt, quod aut reperitur in loco proprio aut in alieno. Illo caſu totus eſt inventoris, niſi inventus ſit magicis artibus, quibus propria pæna irrogatur. Hoc quomodocunq; data opera inveniatur, totus eſt eius qui ſoli dominus eſt, quia non licet in alieno quærere theſaurum: fortuito repertus inter inventorem & dominum ſoli dividitur §. *theſauros.* 40. *Inſt. h. t. l. un. C. de theſaur.* quod idem ſtatuerunt divi fratres in theſauro reperto in locis publicis vel religioſis *l.* 3. §. 10. *de iur. fiſc.* cũ quo loco pugnat *d.* §. 40. ubi theſaurus fortuito in loco religioſo repertus totus conceditur inventori. Variæ horum locorum conciliationes afferri ſolent, & 1. ut diſtinguatur inter rationem acquirendi merè naturalem, quæ proponitur *in d.* §. 40. & alteratam à jure civili *arg. l. 6. de iuſtit. & iur.* cujuſmodi multa tradita ſub *tit. de acquir. rer. dom.* non æqualiter obtinent jure civili: cujus diſtinctionis meminit *Fornerius lib. 2. ſelection.* 26. Sed ſane diſtinctio illa accurata, quæ traditur *in d.* §. 40. non videtur ex mero jure gent. eſſe petita. 2. ut diſtinguatur inter loca religioſa publica & privata, ut putant *Robertus 1. receptar. lect.* 10. *VVeſemb. ad d.* §. *theſauros. Inſtit. h. tit.* Verum utcunq; loca quædam religioſa privata dici poſſint, (quod tamen fiat abuſivè, quippe cum ſint res divini juris & nullius §. *nullius.* 7 *Inſt. h. t.*) attamen textus indiſtincte utrobique loquentes, ita reſtringi non poſſe videntur: cum præſertim iſto ſenſu pleraque loca religioſa privata ſint dicenda, & *d. l.* 3. §. 10. religioſa & publica diſtinguuntur, & amplius *in* §. 40. *Inſt. h. t.* idem ſtatuitur in religioſis & ſacris locis, quæ tamen, videlicet ſacra nullo prorſus modo

privata dici possunt. 3. historicè tantum alteram opinionem referri putat *Duaren. hic cap.* 4. Sed nihil apparet, quare altera magis probanda videatur, & ita revera antinomia statuitur. 4. *Zoanett. lib. singul. restitut. cap. pen.* ita emendat *dict. l. 3. §. 10. de iur. fisc.* si in locis fiscalibus vel publicis, non etiam religiosis, &c. Sed hoc nimis violentum est, & simul inconcinnam facit lectionem. 5. *Forner. d. lib. 2. cap. 26.* emendat & aliter interpungit *§. thesauros. Institut. hoc tit.* hoc modo: idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit, ac si quis in alieno &c. Sed hæc conciliatio cæteris ineptior est, vel quod ratio suadet, ut verbum *idemque* referatur ad casum præcedentem, vel quod distinctio, an data opera an casu fortuito thesaurus inventus sit, ita etiam ponenda fuisset in casu, quo thesaurus in loco sacro vel religioso repertus fuit, siquidem eod. jure hic esset, quo thesaurus repertus in alieno: vel quia inepta ita sit futura repetitio, *fortuito casu invenerit, non data opera sed fortuito invenerit*: vel denique quoniam ita inepta esset constructio *in vers. dimidium domino soli.* Quæ cum ita sint probandam censeo sententiam *Hottoman. d. §. 42. Institut. hoc tit. Cuiac. 9. observ. 37.* quod constitutiones Imperatorum de thesauris variaverint, eamque diversitatem imprudentia Triboniani nobis reliquerit: quæ sententia confirmatur ex textibus *in Cod. Theodos. sub tit. de thesaur.* ubi etiam diversæ sunt de thesauris, Imperatorum constitutiones. Et hanc conciliandi rationem vel explicandi videtur sequi Tr. dum ait, se ex mente Justin. totum tribuere inventori: quamvis in contrarium moveat, quod Cujacium improbat, cum quo sentiens Hottom. male tanquam diversus citatur, cum quo etiam male conjunguntur *Robert & Wesembec.* qui alia quam Hottom. explicandi ratione utuntur.

Regalibus annumera 3.

Quando thesaurus sit de regalibus.] Refertur thesaurus inter regalia *2. feudor. 56.* eiusque rei hæ possunt reddi rationes. 1. quod qui sepeliunt pecunias faciunt contra constitutiones *l. 4. ad L. Iuliam. peculatus* idq; notat *Alber. Gent. disp.* 10. Et hinc 2. quia cum propterea fiscus tributis fraudetur, principes jure cuiusdam compensationis partem thesaurorum sibi vindicare posse videntur. 3. quia cum thesaurus sit nullius, nec pars fundi, neque v. c. fundo vendito simul venditus videri possit, jure superioritatis & universalis territorii prin-

princeps partem quandam citra iniuriam ex thesauris ubicunque repertis sibi vindicat: idq; etiam olim factitatum probatur *ex l. un. C. de thesaur. l. 1. C. Theodos. eod.* facit quod *in pr. §. thesauros. Inst. h. t.* Hadrianus dicitur *concessisse* thesaurum.

Etsi autem iure Saxon.] Ita ait Tr. etsi jure Saxon. thesaurus omnis subterraneus profundius meatu aratri jacens ad regalia pertinere dicitur Landrecht lib. 1. art. 35. tamen id tantum de venis metallicis intelligi, in thesauro autem propriè dicto jus commune servari jubet Elector Augustus part. 2. constit. 53. Hactenus Tr. Sed quicquid etiam Augustus, aut deputati ipsius senserint, explicatio ista sicut à proprietate verborum, ita procul dubio à sententia iuris Saxon. abhorret: & ex jam dictis apparet: non ineptè aut absurdè hoc inter regalia referri, ut supremus magistratus ex thesauris quibuscunque, ubicunque, & quomodocunque repertis, partem aliquam fisco suo vindicare possit: quin & metallicæ venæ magis pars fundi esse, ideoque minus ad regalia pertinere videantur.

Illud indubitatum.] Non magnopere necessum erat monere (siquidem indubitatum est) quod thesaurus à vidua in fundo in quo dotalitium constitutum habet, inventus, inter ipsam & mariti heredes sit dividendus. Et tamen rationem dubitandi facit, quod Treut. supra *part. 1. disput. 16. thes. 8. lit. C.* lucra fortuita, inter quæ est thesaurus, indistinctè ad fructuarium pertinere affirmat: vidua autem procul dubio usumfructum fundi dotalitii habet, ut notatum supra *disputat. 7. thes. 7. liter. A. ex Mollero ad constit. Augusti. 42. part. 2. & Hartmann. Pistor. part. 1. quæst. 4. & 14.* Sed nimirum erravit illo loco Treut. quoniam dubium non est fundum fructuarium esse alienum, eoque thesaurum à fructuario inventum cum domino soli dividendum esse, ut rectè hoc loco tradit Treut. si videlicet fortuito sit inventus, cæteroquin totus ad dominum pertinebit: nisi quis existimaverit fructuario qui ius commorantii in prædio fructuario, & fortassis etiam possessionem habet, ius quærendi thesaurum esse permissum.

Vidua thesaurum [illegible] in dotalitio inventum cum heredibus dividit.

Lit. H.

Tertium hoc est inventionis obiectum: gemmæ & lapilli in

littore maris, qui nullius unquam fuerunt: & fit ut Tr. ait hæc inventio non aspectu sed apprehensione: quoniam est species occupationis, ad quam non sufficit aspectus. Subijcit autem Tr. idem se statuere in thesauris. Quod non ita accipiendum est, quasi etiam thesauri ante fuerint nullius, sed quod etiam in his non sufficiat aspectus, sed apprehensio requiratur. Et tamen videtur hæc vitiosa comparatio, quoniam thesaurus non est supra terram sed sub terra: & si ponas aliquem fodiendo evolvisse thesaurum, per quam absurdum & injuriosum fuerit, aliquem forte supervenientem, invadendo & occupando altero potiorem censeri: quin imò contrarium statuere non dubitaverim, eius esse] thesaurum debere, qui aperta terra eum produxit in lucem, & hoc ipso quasi occupasse videtur. Et hic fatendum est aliam esse rationem animalium quæ se ipsa movent de loco in locum, veluti feræ bestiæ quæ sine actuali & corporali apprehensione nostra non fiunt §. *illud* 13 *Instit. h.t.* aliam rerum mobilium inanimatarum supra terram apparentium, in quibus licet apprehensione opus sit, existimaverim tamen, quoniam res istæ de loco movere se non possunt, etiam aliquid aspectui tribuendum esse, veluti si quis gemmam primo à se visam animo eam apprehendendi demonstret alteri, dicens se ibi gemmam invenire, potiorem esse debere, neq; alterum prævertendo dominium sibi vindicare posse: aliam deniq; rerum mobilium sub terra, veluti pecuniarum depositarum, quæ scilicet statim eius esse debeant, cuius opera fuerunt detectæ. Quæ videri potest sententia à Tr. pro dissentiente citati *Duar. in l.* 3. § *Neratius.* 3. *de acq. poss.* prorsus autē ineptè pro dissentiente adducitur *Don. qui* 4. *com.* 14. loquitur non de eo qui thesaurum effodit & invenit, sed de domino, cui jure vel dimidium vel totum acquiritur, & quidem, ut ibi tradit Don. & certissimum est, circa ullā actualem apprehensionē.

An idem est.] Quod hic quærit de rebus fortuito amissis, an in iis idem sit, non eam sententiam habet, an fuerint antea nullius nec ne: non etiam, an sufficiat aspectus sine apprehensione: sed, an sint objectum inventionis: qua de causa rectius sub rebus pro derelicto habitis, istud propositum fuisset. Sine dubio autem respondendum est negative, & quod non cedant occupanti, quoniam dominium earum non abscessit à pristino domino, & quod apparet ex descriptione paulo ante tradita, non possunt referri inter res

pro derelicto habitas, quoniam non sunt abjectæ, multo minus ea mente, ut quis eas in dominio rerum suarum habere nolit. Tr. obliquè respondet, si lucri faciendi causa inventor eas servet, cum furti teneri: ex quo ipso efficitur eas non fieri inventoris, etiamsi non habeat animum lucrandi: quoniam hic absens hoc tantum operatur, ut ne teneatur furti, non autem ut dominus fiat. Et est ea ratio, quam dixi, solida, quod res non sit nullius, sed alterius. Aliam autem reddit Tr. quod qui rem amisit, animo non desierit possidere: quam ideo proposuisse videtur, ut probaret in his rebus furtum committi posse, juxta §. *ult. Inst. h. t. l.* 43. §. 11. *de furt.* siquidem rei quæ non possidetur, non videtur committi posse furtum, *arg. l.* 1. §. 15. *si is qui testamento liber, &c.* ubi tradit JCtus furtum non fieri si nullius sit possessor. Sed in contrarium, & quod rerum fortuito amissarum possessio non retineatur, facit textus expressus *in l.* 3. §. *Nerva.* 13. *de acquir. possess.* ubi traditur res mobiles, homine excepto hactenus possideri, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus: eoque si vas quoddam ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere à nobis possideri. Et hoc posterius sane verius est, & respondendum adeo *ad d. l.* 1. §. 15. *si is qui testam. lib.* 1. quod ille locus sit restringendus ad eum casum de quo loquitur, videlicet iacentis hereditatis, ubi nemo etiam est qui possidere possit: idque hinc firmatur, quod creditor possidens pignus debitori non possidenti, furtum committere dicitur, si pignore utatur §. *furtum.* 6. *Instit. de furt. & eod. tit.* §. 1. furtnm simpliciter definitur contrectatio fraudulenta lucri faciendi gratia. 2. Dici potest quod re vera quidem res fortuito amissa non possideatur, ut tamē nihilominus secundum quid qui rem amisit pro possessore habeatur: neq; enim existimem per eiusmodi amissionem, usucapionem ceptam interpellari. 3. eatenus committi furtum, quatenus inventor rem quam alterius esse novit, fraudulenter lucri causa retinet: quo ipso dominum tanquam possessorem agnoscere, & eum quasi spoliare videtur.

Arbitrariè tamen potius.] Insubtile est, quod postquam inventorem furtum committere dixerat, subiicit eum tamen arbitrariè potius puniendum esse, quam ordinaria pæna furum, videlicet suspendii, velut hoc notat *Fachsius differ.* 59. Etenim de pæna furum hic non tractatur: tractamus hic de jure civili, ex quo ordinaria

furum pæna, non capitalis, ſed pecuniaria eſt, qua procul dubio etiam hic fur tenebitur.

Cautela de libello.] Conſcientia ſcilicet cuiuſque hoc ſuadet, ne quis cum alieno damno fiat locupletior. Quod ſi libello propoſito aut facta pro clamatione dominus non compareat, res inventoris erit, quoniam pro derelicto habitam eſſe præſumemus.

Iure Saxon paulò aliter.] Tractant de hoc *Zobel. part. 2. differ. 60. & 61. Reinhard. part. 5. different. 13. Fachſ. part. 4. differ. 50.* ubi triplicem iuris communis & Saxon. differentiam proponit 1. quod ſtatuit inventori certum terminum proponendi edicti. 2. quod etiam comparente domino tertia pars cedit inventori, ſi dominus ſit forenſis. 3. quod ſi dominus non compareat magiſtratus rem inventam relicta ſaltem inventori parte tertia, ſibi vindicare poteſt.

Indicinæ præmium.] Non abs re eſt diſtinctio, quam *d. differ. 61.* proponit *Zobel. n. 6.* an quis mandato domini rem quæſierit & invenerit, an fortuito: quo caſu aliquid accipere quidem, ſed nihil petere poterit: quin, cum mandatum ſit gratuitum, nec priori quidem, niſi ex pacto: ſumtus autem in rem fortaſſis quærendam factos procul dubio repetet.

THESIS III.

LIT. A.

Exceptio hic traditur ad illud quod th. præced. de venatione beſtiarum omnibus permiſſa dixerat: quoniam ut hic tradit hodie ius venandi ſubditis & privatis eſt ademtum. Non difficulter demonſtrari poſſet, quod etiam antiquitus reges & principes, hoc genere exercitii uſi fuerint & delectari: ut probabile ſit, nec olim quidem ſimpliciter & abſolute quibuſvis privatis conceſſum fuiſſe, ſed hactenus ſaltem obtinuiſſe, ut etiam privati feras occupatas facerent ſuas. Et hinc tanto minus iuſtam occaſionem conquerendi ſubditi prætendere poſſunt, quod principes ſenſim totum hoc ad ſe traxerunt, & quidem iure quodam ſuperioritatis: ille enim prætextus tantum eſt, quem Treutler. adducit, à longiſſima temporis præſcriptione, coniuncta ſubditorum patientia, petitus: quoniam ſubditi contra principes

cipes

cipes, imperio & poteſtate utentes, ius ſuum defendere non potuerunt: ut proinde eiuſmodi præſcriptio ex ratione juris communis defendi poſſe non videatur. Et diſputanti ex eiuſdem iuris ratione, non videatur habile obiectum præſcriptionis *arg. l. 45. de uſucapion. l. 13. in f. de iniur.* cum ex iure gent. deſcendat, nec in poſſeſſione aut patrimonio cuiuſque dici poſſit: & quod ius venandi ſubditis ademtum eſſe affirmat, facto magis quam iure hoc conſiſtere arguit. Nimirum principes non iniuriam ſe inferre exiſtimaverunt, ſi ius occupandi feras beſtias, quæ nullius ſunt, ſibi ſolis arrogarent, quod ipſorum factum hinc Dd. defendere ſolent, quod venationes fiunt & magnis ſumtibus, & cum armis, ut liberè permiſſa venatione quibuſvis, contentionibus & cædibus cauſa præberi poſſit, quod ita avocentur ſubditi ab aliis negotiis, quod ſpecies ferarum omnibus venationi deditis poſſent extingui: neque dubium eſt, quin ex Reipub. utilitate non ſit, ius venandi liberum, ſubditis concedi, limites autem & terminos certos aut præſcribere, aut præſcriptos ſervare, valde difficile ſit futurum: de quibus prolixius agit *Covarr. in cap. peccatum. de reg. iur. part. 2.* §. 8. Neque his valde obſtat quod à *Fach. 1. controverſ. 1.* & aliis *ex cap. 1. & 9. Gen.* affertur, quoniam imperium hominum in beſtias inhibitio iure venandi non tollitur. Non movet etiam quod paſſim iure noſtro, feras occupantis fieri naturali ratione traditur: quoniam huic iuri gent. citra iniuriam inſignem derogari utiq; poteſt.

Et rationes iam dictæ generales ſunt, ut nullo modo nec in propriis ſylvis venari ſubditi poſſint: illa autem Treut. hac lit. A. ſpecialis, quod principes locorum publicorum habeant dominium: quæ inſuper an vera ſit ex rationibus ſaniorum Politicorum dubitari poteſt, ſecundum quos principes non domini, ſed adminiſtratores ſunt, nec ipſorum res publica eſt, ſed quod optimus Imperator dixit, ipſi reipubl. ſunt, & locis rebuſque publicis ad utilitatem & commodum publicum & ſingulorum uti debent: quamvis plerique principes opinionis errore, non minus iuris in regno, quam privatus aliquis in fundo aut ædibus ſuis, ſeſe habere exiſtimant: & huc referri poteſt, quod etiam olim Imperatores Romani, quorum ſumma erat poteſtas, inter res ſuas privatas & patrimoniales & publicas diſtinxerunt: ſed ego hanc litem non faciam meam.

Eſt

Est & amplius in ratione ista Tr. hoc vitium, quod à jure prohibendi in hypothesi, quod etiam privatis permissum est, si quem fundum suum ingredi videant §. *feræ*. 12. *Inst. h. t.* per fallaciam homonymiæ infert ad jus prohibendi in thesi & in universum, ut prorsus venari non liceat, hoc amplius effectu, ut jus venandi proprium fiat prohibentis. Quæ illatio perspicuè vitiosa est: quoniam prohibitio illa de qua *in d.* §. 12. nullum ius acquirit prohibenti, nisi ut contra ingressum acquirat actionem iniuriarum, neq; operatur ultra illum actum, neq; facit, quo minus prohibitus postea liberè ingredi & venari possit.

Fundos suos sepire.] Hoc quidem verissimum est, & verè tyranni principes illi, qui etiam subditis canibus vel etiam clamoribus feras ex agris abigere, aut quicquam omninò moliri, quo fundos suos à feris securos habeant, interdicunt. Enimverò iure illo venandi, quod præter rationem iuris gent. & civilis principes suum fecerunt, ita uti debent, ut quam minimum imò nullum inde aliud insuper damnum, & alia iniuria in subditos derivetur, siquidem nomen principum tueri velint.

An subditus pp. feram captam poss. capitaliter puniri.

Multo minus ob feram captam.] Gravis hæc quæstio est, an subditi propter usurpatum ius venationis capitali supplicio affici possint. Et affirmandum hoc videri queat, quoniam postquam principes ius venandi sibi fecerunt proprium, subditi venantes, nihil aliud nisi fures esse videntur. Sed huic rationi non difficulter occurritur: quod pæna illa furti capitalis quæ iuri divino, gentium & civili Romano repugnat, & consuetudine quadam Germaniæ introducta, & à principibus confirmata est, minimè ad casus præsertim diversos sit extendenda: est autem hîc perspicua diversitas, tum quod ex iure gentium ius occupandi feras omnibus commune est, tum quod feræ utique nullius sunt, & in nullius aut possessione aut dominio, rerum autem quæ in dominio alterius sunt clandestina & fraudulenta occupatio, tranquillitatem publicam quodammodo turbat: & est in hanc rem elegans textus in iure Saxonico *lib. 2. art. 61.* Da Gott den Menschen schuff / gab er jhm Gewalt vber Vögel / Fisch / vnd alle wilde Thier / darumb haben wir dessen ein Vrkund von Gott / daß niemand sein Leben an diesen dreyen verwircken kan: itaque poterit quidem ex circumstantiis pæna aliquando gravior, sed capitalis irrogari vix poterit.

Gra-

Gravior quæstio est, quid iuris sit, si indicta pæna capitis princeps venationem subditis interdixerit: quoniam plerique non tam in fera capta, sed in violatione mandatorum principis rationem pænæ capitalis constituunt. Decisio huius quæstionis ex eo dependet, an eiusmodi interdicta & mandata, iusta licita & legitima sint habenda. Et possint ea aliquando ex circumstantiis iustificari, si forte subditi cum armis periculosis, ut cedes & latrocinia inde sequantur, venationes faciant, easq; prorsus contemto principe tanquam artem quandam & rationem quærendi victus exerceant: ut per animadversionem graviorem alii absterreantur: cæterum eiusmodi mandata rigida nimis nec servanda existimaverim cum præstantissimis JCtis Wesemb. Thomingio, Schneide, *in decis. part.* 4. *quæst.* 8. *nu.* 33. **Wann ein Obrigkeit / sprechen sie / bey straff deß Lebens vnd dem Strang das Wildschiessen verbotten hette / so haben wir doch ein groß bedencken solchen ernstlichen Mandaten in diesem fall zu folgen / sondern seyn bey der willkürigen Straff geblieben**: & ibid. adducunt has rationes 1. quod occupatio ferarum divino, naturali, communi & Saxon. iure interdicta non sit. 2. quoniam incertum sit an fera in illo loco ubi occupata est, mansura fuisset. 3. quod præceptum magistratus sine iusta causa non sit obligatorium: ubi etiam plures autoritates Bartoli, Tiraq. Zoanett. & aliorum adducunt, quod homo ad imaginem Dei creatus & Christi membrum propter feram captam non debeat mactari.

Quid si Princeps sub pæna capitis prohibuerit.

Lit. B.

Ex ademto jure venandi, de quo lit. præced. actum, infert nulli jus venandi competere, nisi cui Imperator illud concessit: quoniam si ius illud hodie principis proprium est, non nisi ex concessione principis alius illud habere potest. Et hoc Tr. his verbis illustrare nititur: ut cum ius venandi unâ cum ditionibus in investitura conceditur: tum enim vasalli id ex usufructu habent, ut & alii usufructuarii. Id quibus verbis hæc notari possunt. 1. quod ita nimis restringitur concessio principis: cum dubium esse non possit, quin princeps sive Imperator, etiam citra concessionem ditionũ & specialem investituram, ius venandi vel in suo vel in alieno concedere possit. 2. quod concessis ditionibus videtur requi-

rere ut ſpecialiter etiam exprimatur ius venandi. Quod falſum eſſe non dubito, & conceſſis ditionibus etiam in dubio ius venandi translatum intelligi, veriſſimum exiſtimo. Neque enim, quod omninò hic notandum, ius venandi utcunque principes proprium id ſibi fecerint, ullo modo referendum eſt ad iura maieſtatis, ſed, ut Politici quidam rectè diſtinguunt, ad reſervata, & quidem ea, quæ facile communicantur, idque propter conditionem & qualitatem iuris venandi quod natura ſua omnibus patuit, & unumquodque facile ad ſuam naturam redit. 3. quod ita loquitur quaſi vaſalli ex inveſtitura tantum uſumfructum haberent, cum tamen habeant longè plus, & quidem principes comites, &c. etiam regalia & pene iura maieſtatis. 4. Quia ius venandi ex uſufructu vaſallis competere tradit, cum tamen ipſe in theſi ſpeciali hoc conceſſioni adſcribat: & hinc 5. quod ait illis competere ius venandi, ſicut aliis fructuariis: quia ius venandi in fructu non eſt, ſive quæras de moribus noſtris, quibus principum proprium eſt, ſive de iure noſtro Romano, quo omnibus ex ratione iuris gent. permiſſum eſt, ita ut in fructu eſſe negetur *l. 26. de uſur.* cui non obſtat *l. 62. D. de uſur.* non oſtenſum ſupra *parte* 1. *diſput.* 16. *th.* 8. *lit.* C.

An Regalibus sit annumeranda.

Regalibus non computandum.] Equidem nec inter iura maieſtatis, quæ adminiſtrationem reipubl. concernunt, nec inter ea, quæ in ſignum præeminentiæ principibus reſervata dicuntur, ius venandi referri poteſt, quod etiam non niſi ex accidenti reſervatum eſt, eoq; facilius, citra ullam imminutionem ſuperioritatis in alios transferri poteſt, quippe quod olim etiam, cum libera eſſet omnibus venandi poteſtas, principibus dignitas ſua integra conſtitit. Quod ſi tamen verbo reſervatorum, generalius utimur, & ius venandi ita principibus acquiſitum ſtatuimus ut non niſi ex eorũ conceſſione quiſquam hoc ſibi vindicare poſſit, non abſurdè omninò regalibus in genere ſumtis poterit annumerari: ſub hac tamen differentia, quod cum aliâs regalia iura ſint perſonalia, ius venandi videtur quodammodo adhærere territoriis & ditionibus, in quibus exercetur. Utique cum ius venandi quibuſque privatis olim competierit, mirandum non eſt, ſi naturam hodie habeat mixtam, & à cæteris regalibus aut reſervatis ſeparatam.

LIT.

LIT. C.

Proponit hic alium generalem modum, quo ius venandi acquiratur, & eundem ſc. per quem ſervitutes conſtituuntur, veluti ſtipulatione, emtione precario, præſcriptione, pacto. Ubi initiò confundit modos, quibus ſervitutes & iura prædiorum promittuntur, & quibus realiter acquiruntur, veluti præſcriptione. 2. non rectè inter modos acquirendi vel conſtituendi refert precarium, quod ad nutum concedentis revocabile eſt. 3, aut intelligit pactum nudum, & falſum eſt, quod per hoc efficaciter conſtituatur ſervitus: aut in genere conventionem, & vitioſa emtionis & ſtipulationis ad pactum oppoſitio eſt, de quibus alibi agitur. Sed quod ad hanc rem pertinet, Treutl. hoc modo deſtruere videtur quod ante dixit ius venandi ſubditis ademtum principibus proprium factum eſſe, nec niſi ex conceſſione imperiali cuiquam competere. Si quid enim certi eſt, hoc utique eſt, quæ ſpeciali conceſſione principis tribuuntur, ea privatis conventionibus acquiri non poſſe: & ex adverſo quæ ita acquiri poſſunt, non opus habent conceſſione Imperatoria: neque hæc ſimul conſiſtere poſſunt: per principes ius venandi ademtum eſſe privatis, & à privatis certis & ordinariis modis acquiri poſſe. Sed fortaſſis ſententia Treutler. ita explicanda eſt, ut intelligamus eiuſmodi conventionibus poſſe diſponi circa ius venandi, præſuppoſitis perſonis habilibus, quibus ius venandi in territoriis ſuis competit: ita ut v. c. princeps ex conceſſione alterius principis, vel etiam præſcriptione, ius venandi, in territorio illius acquirere poſſit: ſicut & præſuppoſitis eiuſmodi perſonis iuriſdictionalia quodammodo in commercio ſunt. Sed & amplius princeps quivis in præiudicium ſuum etiam privato hoc ius concedere poterit, vel quia conceſſioni Imperatoriæ hoc ipſum ineſſe videtur, ut porrò alii hoc ius concedi poſſit, vel quia principes licet ſecundum quid ſuperiorem recognoſcentes, cum maiora regalia habeant, ſuo quodam & proprio iure venationes ſibi uſurpant: & rationes ſupra dictæ oſtendunt nec principis nec Imperatoris iuri & ſuperioritati, quicquam inde derogari. Et hæc ita defendi poſſunt, niſi in ſpecie ad perſonam aliquam vel caſtrum ius venandi ſit limitatum: fri-

volè autem ad istud probandum adducuntur à Tr. textus qui de servitutibus prædiorum loquuntur, à quibus hodie præsertim jus venandi privatis ademptum, diversissimum esse oportet. Et paucis hic de eo videndum quod Tr. hic jus venandi servitutibus realibus annumerat. Et si simpliciter jus venandi consideramus, quatenus hoc principibus acquisitum, aut quibusdam specialiter concessum est, apparet istud nulla ratione cum servitutibus posse comparari. Sed Tr. videtur jus hoc considerare, quatenus inter illos qui ius venandi acquisitum habent, modis paulo ante propositis, limitatum ampliatum aut constitutum est: in quibus terminis, quatenus fundus aut sylva alterius alteri quasi subiicitur, ut in eo venari possit, simile quiddam jus venandi cum servitute rustica habere videtur, quoniam fundus vel sylva ex ratione juris consuetudinarii, quo privati venari non possunt, libera, alteri quasi servire videatur. Et tamen plura hic occurrunt dissimilia, & 1. quod ius venandi magis hæret in persona, quam habilem esse oportet, ut ipse Tr. tradit lit. seq. 2. quia non pertinet ad utilitatem prædii, quod in servitutibus necessarium est. 3. quia non inhæret prædio, nec illud sequitur & comitatur. Et etiamsi ponas jus venandi castro alicui cõcessum, tamen non potest dici spectare utilitatem castri: sed nec jure servitutis, verum iure privilegii & concessionis constituitur. Amplius non tam castro, quam potius intuitu personæ castrum possidentis concessum videtur, quod & ipsa vox castri significare videtur, cuius rusticus aliquis vel plebeius vel omninò non, vel nõ cum omnibus iuribus capax est. Accedit porro, quod servitutes minuunt conditionem & libertatem naturalem prædiorum, ut autem venari liceat in fundis, conditio eorum naturalis est: adeoque nõ poterit ea ratione ius venandi servitus dici, quatenus alius in fundo meo ius illud exercet, sed quatenus ego venari non possum: ex quo confirmatur magis, quod ius venandi servitus realis non sit: quoniam hæc sequitur fundum servientem: si autem fundus plebeii alicuius castro adiungatur, vel ad personam ius venandi habentem perveniat, nulla utiq; servitus erit. Ubi tamen replicari & duplex similitudo cum servitutibus ostendi posse videtur: tum quod qui alteri in fundo suo ius venandi concessit, eum ab ingressu nullo modo prohibere potest: tum quod postquam ius venandi certis personis proprium factum est, non potest amplius

cor-

conditio hæc naturalis prædiorum dici, ut in iis venari liceat, & quoad personas ius venandi habentes fundi ipsorum & sylvæ, in quibus alteri ius venandi non est, dicuntur esse liberæ, in quibus si dominus alteri ius venandi concedat, iam servire ei intelliguntur. Et ex his cætera quoq; huius thesis expedita sunt.

THESIS IV.

Lit. A. & B.

Liquidum hoc est, quod traditio geratur inter dantem & accipientem. In illo tria requirit Tr. transferendi potestatem, voluntatem & traditionem. Verum cum præsupponat traditionem, insubtiliter iterum requirere traditionem videtur. Illud autem in genere hic notandum, potestatem transferendi non tantum esse in vero domino, sed etiam in bonæ fidei possessore, hoc effectu, ut, quod in iure nostro perpetuum est, non quidem dominium sed usucapiendi conditio; si alter quoq; bona fide rem accipiat, transferatur *arg. §. 3. in f. & §. ex his. 5. in f. Instit. per quas personas acquir.* Porrò voluntas tradendi, satis infertur & implicatur per traditionem, utcunque metu facta proponatur, qui non excludit voluntatem *l. 21. §. pen. quod met. caus.* sed restitutionis beneficium parat, *l. 1. & t. tit. quod metus caus.*

Potestatem transferendi Tr. considerat in tribus personis 1. in ipsis dominis, qui videlicet administrationem rerum suarum habent. 2. in iis qui dominorum loco sunt videlicet, quod ex textibus cit. patet, tutores vel curatores: sed minus recte, postquam illi nec quidem res mobiles pretiosiores alienandi habent facultatem *l. 22. C. de administr. tut.* 3. in procuratoribus, qui mandatum habent vel speciale vel generale: circa quod vulgata quæstio est, an procurator universorum bonorum quidvis alienare possit: & Tr. sententiam suam non aperit, sed ad *disput. 7. part. 1. remittit.* Dd. vulgo inter mandatum generale cum libera & sine libera distinguunt, ut notatum *d. disput. 7. th. 2. lit. C. & ead. part. 1. th. 5. lit. B. disp. 27.* est autem verior negativa sententia, nisi circumstantia personæ mandatarii, aut formula mandati aliud suadeant, *arg. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. mandati,* de qua re pluribus agitur locis iam citatis.

LIT. C.

Voluntas.] Eaq;,ut paulo ante dictum, vel tacita vel expressa. Illud autem non capio, quomodo huc referatur præcedens causa tradendi, videlicet conventio, quæ ipsa infert potius voluntatem, quam ut ex adverso à voluntate possit inferri ad causam. Et longe simplicius cum Dd. dicemus, traditionem ex causa habili, ab eo qui rem administrandi jus habet, factam, transferre dominium: quo ipso continetur, tum ut res sit tradentis, tum ut rem suam esse sciat, quod si ignoret, non potestate vera dici tradere vel ex causa habili ttadere rem suam: velut in specie *l.*3.§.8.*de condict.caus.dat.* ubi quis nummos suos dedit tanquam essent accipientis: quoniam res alterius vel etiam res propria sub qualitate rei alienæ, in contractum, ex quo transit dominium, deduci non potest.

Porrò de causa subijcit Tr. sufficere sive revera præcesserit, sive opinine tradendis. Ubi hoc peccare videtur, quod cum hic agatur de effectu traditionis, qui spectat accipientem, videlicet acquisitione dominii, non hic persona tradentis, sed accipientis potius consideranda est, an causa præcesserit, an eam præcessisse fuerit opinatus: vel potius an causam quæ præcessit justam saltem esse existimaverit: quod si enim nihil nec de facto præcesserit, ad acquirendum dominium possidenti non poterit patrocinari. Et ita hîc jus est ut accipiens ex causa putativa, nec dominium acquirat, & nec titulum quidem ad effectum & ius usucapiendi, nisi iustam errandi & opinandi habuerit causam: quomodo explicandi & componendi sunt textus *in l.*27.*l.*29.*l.*33.§.1.*& l.*44.*de usucap.* §. *error.* 10. *Institut. eod. l.*11.*pro emt. l.* 4. *&* 6.*pro legato. l. ultim.* §. 1.*pro suo:* de quo pluribus *infra disputat.* 22. Aliud autem est quærere de opinione tradentis, quæ si fiat ex causa præcedenti habili & animo transferendi, hunc effectum habet, ut quamvis accipiens sit persona inhabilis, nec possessionem acquirere possit aut dominium, tradens tamen amittat, non dominium, sed possessionem, licet eam non apprehendat, cui de facto traditur, quod docetur *in l.* 18. §. 1. *de acquirend. possess.* quoniam possessio est res facti & fragilis, cuius amissio non impeditur per errorem aut absentiam causæ, nec adeo si tradens falsam causam esse sciat.

In emtione insuper opus.] Homonymia est in verbo, *satisfieri:* quoniam satis est fidem de pretio haberi à venditore, ut notatum supra *part.1.disp.28.th.6.lit.A.*

Iure Saxon.] Ait jure Saxon. traditionem oportere coram iudice fieri, & tamen etiam illo iure heredem venditoris præcisè ad tradendum teneri. Quæ prorsus inter se diversa, male conjungi videntur cum alterum ab altero omninò sit separatum nec ab uno ad aliud illatio fieri possit. Neque ratio apparet, ob quam potius de venditoris herede quam de venditore hoc proponat: & amplius cum ita tanquam certum præsupponat, quod iure civili venditor præcisè tradere teneatur, hoc ipsum tamen satis incertum, & fortassis falsum est, per notata supra *part.1.disputat.* 28.*th.2.liter.C.* Quin & ex ratione iuris Saxon. satis esse videtur contractum insinuari coram magistratu, licet extraiudicialiter traditio fiat.

LIT. D.

Traditio.] Neque enim pactis aut conventionibus sed traditionibus dominium transfertur *l.20.C.de pact.* maximè ex ratione juris gent. iure enim civili exceptiones sunt in legatis & hereditatibus: quin & Ecclesias & civitates citra traditionem, ex sola conventione dominium acquirere tradunt *Dd.in l. ut inter.* 23.§.1.*Cod.de SS.Eccl.* per illum textum, qui actionem in rem proponit.

Est autem traditio, eiusq; relatum, apprehensio vel vera & propria, veluti cum res de manu in manum datur: vel ficta & impropria, cuius introducendæ ratio fuit partim necessitas propter qualitatem rerum, quæ propriam traditionem non admittunt, veluti sunt res incorporales & immobiles: partim commoditas, ut expeditius & pluribus modis res transferrentur. Utriusq; exempla sunt in patientia & usu *l.1.§.ultim.de servit.rustic.prædior.l.3.in pr.de usufruct. l.14.§.1.de pericul. & commod. rei vend.* in clavium traditione iuxta §.*item.* 45.*Instit. h. tit. l. clavibus.* 74. *de contrah. emt.* in instrumenti traditione *l.1. Cod. de donat.* custodis appositione *l. quarundam* 51.*d de acquir.possess.* in rei demonstratione *l.18.§.3.de acquir.possess.* in constituto si quis alieno nomine se possidere constituat, cuius exemplum est *in l. quidam.77.de rei vindic.* eodemqve pertinet fictio brevis manus, cum scilicet res cuius possessio vel etiam nuda deten-

tentio penes me est, restituta, & rursus mihi tradita fingitur §. *interdum.* 44. *Inst. h. t. l.* 9. §. 5. *D. eod. l. si rem.* 62. *in pr. de evictión*

In universum autem requiritur 1. ut res sit habilis, videlicet in commercio, & quidem ita ut dominium possit esse penes contrahentes: ex quo olim prædia provincialia iure belli occupata, & quasi populi Romani effecta, ex quibus quasi in recognitionem dominii tributum solvebatur, relicto saltem provincialibus iure possidendi, & ut Dd. loquuntur, dominio utili, plene non transferebantur, ut apparet §. *per traditionem.* 41. *Inst. h. t.* ubi simul sicut *& in l. un. C. de usucap. transform.* exæquato omnium subditorum iure, hæc differentia tollitur. 2. requiritur, ut prædiximus, iusta causa *l.* 31. *h. t.* 3. ut traditio fiat purè, non sub conditione, sive expressa *l.* 8. *in prin. de reb. cred.* sive tacita: cuius exemplum est, si res vendita simpliciter non habita fide de pretio, tradita fuerit, quo casu dominium non transire traditur *in* §. *venditæ.* 42. *Inst. h. t. l.* 19. *&* 52. *de contrah. emt. l.* 5. §. *pen. de tribut. act.* quoniam sub hac tacita conditione si pretium conventum fuerit solutum, res creditur esse tradita.

De vacuæ possessionis.] In genere disputat *Donell.* 4. *commen.* 19. an citra traditionem possessionis dominium transferri, vel potius an res ab alio possessa, ita ut dominium transeat, alicui tradi possit. Et Tr. sese remittit *ad part.* 1. *disput.* 28. *th.* 4. *inf.* sed quia ibid. tractationem istam huc reiecimus, paucis de ea agendum est. Et ante omnia distinguenda videntur, quæ male confundit Donell. videlicet possessio & detentio: quæ nuda penes alium existens, impedire non potest, quo minus res tradi rectè & dominium transferri possit, quippe cum & ipsa vera possessio sit penes tradentem. Amplius, etiamsi possessio suo modo vera sit penes alium, citra tamen animum & affectionem domini, admittam apprehensione rei simplici dominium acquiri posse: veluti si res pignori tradita sit, quoniam possessio creditoris, de qua agemus disput. seq. quæ tantũ est pro securitate debiti, impedire non videtur, quominus rem hactenus apprehendere liceat, ut salvo iure creditoris & pignoris dominus quis efficiatur, siquidem nec ipse debitor omninò & omni possessione destitutus videtur *arg. l.* 13. *de usucap.* Et hinc respondetur, isti obiectioni, quod ubi ex primo decreto missio in bona facta est, non impediatur translatio dominii, & tamen res negatur

vacu

vacua *l.2.§.1.de act.remoti.* Etenim vacua quidem suo modo & secundum quid est possessio, sed non habetur pro vacua, ut venditor rem talem tradendo intelligatur satisfecisse obligationi suæ: quæ exigit ut res ita præstetur, ut alteri nulla detentio & ius aliud in re sit: cuiusmodi sanè habent creditores, qui etiam porrò morante debitore secundum decretum petere & impetrare possunt. Verum si ponatur possessio omninò perfecta, qua quis rem affectione domini pro sua teneat, non existimaverim ad effectum acquirendi dominii ejus fieri posse apprehensionem, idq; ex hac solida ratione, quoniam illa ipsa possessio, quam ad dominiũ consequendum apprehendi necesse est, penes alium existit, quo adhuc possidente, sicut fieri non potest, ut alius eiusdem generis sit possessor, ita etiam fieri non potest, ut dominium rei quis nanciscatur, quod sine apprehensione illius possessionis transferri non potest: siquidem rem ita possessam nec tradi posse verum est, quoniam possessionis traditionem & translationem fieri oportet. Et utamur in hanc rem exemplo, quod ipse Donell. proponit. Vendidit mihi quis fundum qui ab alio bona fide possidebatur, & dum forte possessor peregrè abest, eum fundum dominus mihi tradidit dominii transferendi causa, atque ego nemine prohibente ingredior fundum hoc ipso animo, ut capiam quod traditur & fiam dominus. Quæritur an mihi acquiratur, an quia vacua possessio à domino tradita non est, fundus mihi non acquiratur. Et acquiri mihi fundum affirmat Donell. cujus ego sententiam ex ratione jam dicta falsam esse contendo: quod scilicet eiusmodi apprehensio non nisi subreptitia, imò inepta & imaginaria esse possit: cuiusmodi etiam est in exemplis quæ ex Odofred. refert *Ant. Contius lib.1. disp. iur. civil. c.8.* ut dominus venditor equi quem alius possidet, equo forte aquarum ducto, eius frenum emtorem contrectare iubeat, & mox equum cum sessore abire permittat: ut venditor libri quem alius possidet si forte servulus scholaris possessoris libri eum in scholas deferat, precario saltem ostensum librum & apprehensum emtori in manus tradat, mox servulo in scholas referendum reddat. Enimverò non sufficit nuda voluntas tradere volentis, neq; nudus animus apprehendere volentis vel simplicem actum corporeum exercentis, si possessio penes alium existat: & re vera absurdum est existimare quo ad hunc effectum rem tra-

ditam haberi si vel clam vel invito possessore, vel eo volente quæsita occasione aut casu aliquo nudus rei contactus idemque momentaneus intercedat, ut rectè citato loco tractat Cont.

Possunt autem ex cit. Donel. pro ipsius sententia hæ rationes colligi. 1. ubi requiritur aut sufficit traditio simplex, ibi non requiritur apprehensio aut translatio plenæ & vacuæ possessionis. Atqui hic sufficit traditio simplex: ergo, &c. Minorem probat Donell. quod etiam in deposito commodato, intervenit traditio, ut proinde modo causa habilis sit, veluti venditio, donatio, quali quali apprehensione dominium acquiri possit. Verum hoc argumentum laborat manifesto vitio homonymiæ: quoniam tradere longe aliter sumitur & perficitur in & ex causa comodati, & ubi de transferendo dominio per traditionem quæritur: ideoque prorsus falsa est minor quod qualiscunq; tandem apprehensio sufficiat: etenim qualis effectus talis & causa, nec adeo dominii translatio cōtingere potest nisi translata possessione, sicuti eâd. de causa quo ad hunc effectum apprehensio non aliter fieri potest: nulla autem aut translatio aut apprehensio fieri potest, rei ab alio possessæ, nisi hic prius possessione sua spolietur: neque plus operari potest simplex ingressus, quam si quis familiaritatis causa fundum ingrediatur, aut furioso vel dormienti aliquid in manus ponatur: quin imò tradere nihil aliud est quam transferre possessionem, nemo autem transferre potest, quod ipse non habet.

Altera ratio Donelli est: si nihil habet commune possessio cum dominio, ergo potest sine vacuâ possessione acquiri dominium. At verum prius: ergo, &c. Respon. nullam esse consequentiam, & esse fallaciam homonymiæ in phrasi, *nihil habere commune*: etenim quatenus non nisi apprehendendo possessionem dominium nanciscimur, juxta *l.1. in prin. de adquir. poss.* utique hoc respectu possessio aliquid cum dominio commune habet: cæteroquin ex hoc argumento contra Donellum effecero, nulla prorsus apprehensione rei in acquisitione dominii esse opus. Tertia ratio Donelli est: si dominium potest subsistere sine possessione, ergo etiam de novo sine possessione acquiri potest. Respond. hic quoq; nullam esse consequentiam, quia rarum non est, ut quæ ad constitutionem rei requiruntur licet postea abesse incipiant, rem semel rectè constitutā, non tollant: traditio autem nec sine possessione,

nec

nec nisi rei vacuæ vera apprehensio esse potest: aliâs fieret necessario contra sententiam JCtorum, quod plures eandem rem in solidum possidere possint. 4. pro sententia Donell. præcipuè facere videtur *l. si fundū. 16. de fund. dotal.* ubi fundus ab alio bona fide possessus à muliere in dotem datus dicitur, ita quidem ut marito rei vindicationem competere appareat. Sed respondet Cont. in dotē datum ibi dici fundum, non qui traditus sit, sed doti destinatus, veluti instrumento dotali promissus: quomodo hæc phrasis in dotem dare, etiam usurpatur *in l. si rem. 14. cum l. seq. de iur. dot.* & quod constitutio dotis contineat in se cessionem quandam, & quod intelligatur ipsa quasi actio & nomen in dotem datum: & cum adeo v. c. vendito nomine utilis actio emtori detur, etiam marito ad petendam rem hoc casu vel utilis saltem vindicatio concedenda erit *arg. l. ult. C. de hered. vend.* Et facit amplius pro sentētia nostra *l. si ager. 50. de rei vind* ubi traditio infert amissionem possessionis: & aliâs sane nihil impediret quominus etiam v. c. ipso venditore possessionem retinere dominium in emtorem transferri possit. Item facit quod mediante possessione, quæ penes duos esse non potest acquiritur dominium *per l. 1. in prin. de acquir. possess. l. 1. & 8. Cod. eod* quod Donell. vitiosè ad res quæ nullius sunt, restringit, siquidem etiam traditio ex jure gent. transferendi dominii modus est §. *per traditionem 41. Institut. hoc tit.* Facit item *l. 18. de vi armata*, ubi emtor in vacuam possessionem à venditore ire jussus, dominium tamen acquirere non potest, si colonus fundi venditi eum non admittat: cum tamen ex sententia Donell. præcedente voluntate venditoris quævis apprehensio etiam clanculum facta ad acquirendum dominium sufficiat. Parum autem cæteri à Cont. citati loci ad rem mihi facere videntur velut *in l. 2. §. 1. cum l. seq. de action. emt l. cum res. Cod. de probat. l. qui prædium. Cod. de distract. pignor.* quoniā speciale quid videtur esse in emtione aut aliâs etiam ubicunque non nudum dominium, sed vacua & libera possessio usus; rei spectatur: cæteroquin contra quam supra ostendimus, etiam simplex & nuda detentio, cuiusmodi proponitur *in d. l. 2. §. 1. de act. emt.* impediret dominii translationem. Atque hæc ita obtinent in dominio ex jure gentium acquirendo nam jure civili ex quibusdam causis sine ulla apprehensione rerum earum domini

efficiuntur: veluti legatarius, hæres Nota item quod obtineat ista sententia, ubi, ut diximus, res ab alio possessa est: cæteroquin potest sine possessione adquiri dominium, veluti si quis servum meum mala fide possideat, mihi utiquè, quæritur dominium per servum, licet non possessio *l.1.§.6.de adqu.poss.* quoniam alter qui tradidit servo, amisit possessionem, *arg.l.18.§.1.de adq.poss.* & forte simplex corporalis possessio seu detentio & apprehensio aliquid facit: notat hoc post Dd. *Iason.in d.l.1.§.item acquirimus.de adq.poss.col.4.* Vel dicam speciale esse, ut hic civilibus magis modis dominium acquiratur sine possessione, velut servus noster qui neque nobis dominium acquirit, tamen alteri potest acquirere possessionem *l.1.§.hæc quæ 19.de acq.poss.* ita magis est, ut per procuratorem suo nomine accipientem, non quæramus possessionem, sed dominium, *ut notat disput.th.3.lit.E.*

LIT. E.

In hoc requiritur consensus.] In consensu accipientis duo inesse ait, ut consentiat in rem, & ut velit rem fieri suam, idque cognosci ait ex causa præcedenti. Possent autem in accipiente etiam omnia illa tria, quæ circa tradentem proposuit considerari: ut habeat potestatem accipiendi, voluntatem & ut ipsam rem accipiat: sicut ex adverso duo circa accipientem proposita, rectè etiam considerantur in tradente, ut consentiat in corpus, & ut rem transferre velit: quæ itidem cognoscuntur ex causa, quæ nisi habilis sit, dominium transferri non potest. Et cum adeo inter hæc duo & utramq; personam, sit mutua relatio, parum subtiliter ista hoc modo à Tr. proponuntur & distinguuntur: & nimirum occupatio rei in commercio existentis, à persona habili facta ex justa causa hîc est modus acquirendi dominii: idque ex causa quæ vel re vera subest, vel justa opinione & errore subesse putatur, ut paulo ante ostensum: itemque ex causa in certum corpus directa: quoniam aliâs sicut error vitiat contractum, de quo agitur infra, ita etiam translationem dominii impediat necesse est, *arg.l.31.h.t.* Ubi quæstio, quæ tamen cum præcedentibus malè cohæret, movetur, si in corpus consentiatur, sed in causis dissentiatur, an dominium transeat circa quam quæstionem duo sunt pugnantes textus *in l.si ego.14.in pr.de reb.cred.& in l. cum in corpus.36.h.t.* quæ loca Tr. *supra part.1.dis-*

1. disput. 20. th. 4. lit. A. ita conciliat cum Donell. & Wesemb. ut dominium quidem transeat, sed revocabiliter, eoq; respectu *in d. l.* 18. dici nummos non fieri accipientis: quam rationem conciliandi ibid. improbavimus. Alia conciliatio est quam ibid. proposuimus, an agatur de obligatione constituenda vel dissolvenda, *ut in d. l.* 36. verba, *tu eam quasi creditam accipias*, ita intelligantur, quod ego pecuniam tanquam antea à me mutuo datam & creditam, recipiam. 3. distinguunt quidam an præcesserit promissio de dando nec ne, ut illo casu dissensus in causis tempore traditionis interveniens, non impediat dominii translationem. 4. respondent quod *in l.* 18. *de reb. cred.* dans præcisè ex illa causa & non alia dominiũ translatum voluerit. 5. sunt qui distinguant, an causa utraq; sit habilis ad transferendum dominium irrevocabiliter. Sexta distinctio est, an dissensus sit expressus an tantum in mente retentus. 7. An dissensus sit ex parte unius, an utriusq;: quod non convenit textibus qui tractant casum ubi hinc accipiens hinc dans singuli ex una causa dominium accipere vel transferre volunt: de quo prolixius videndi sunt *Bard. Bald. Salicet. Ias. Alciat. & alij post gl. in d. l.* 18. *de reb. cred. Duaren. ad eund. tit. c. 2. Conan. 3. comm. 7. nu. 4. Molin. in tract. de divid. part. 2. n. 349.* & novissimè *Nicolaus d. passer. in conciliatore* suo ubi male sequitur conciliationem Donell. & Tr. itemque opinionis errore compositiones re ipsa easdem pro diversis accipiendo rationes conciliandi sedecim ex Dd. proponit.

Quod porrò in extremo huius th. lit. F. acceptionem in eo positam esse ait Tr. ut is cui traditur, rem corpore & animo apprehendat, inde confirmatur, quod paulo ante disputavimus, sine vera possessionis apprehensione, dominium non acquiri.

THESIS V.

LIT. A.

Proponit hic tertium modum acquirendi, *Accessionem*, quam supra ostendimus ad occupationem fictam referri posse: quæ scilicet dicitur, quando res nostra, aliam sibi adjectam & adjunctam ad se trahendo quasi occupat, & ita nostram facit: quæ adjectio fit vel à natura, vel ab opera & industria humana: illius species quatuor rectè statuũtur alluvio, coalitio, insulæ in flumine productio

&c alvei destitutio. Ex quibus Tr. male speciem secundam omisit, male etiam aut utiq; parum subtiliter fætus animaliũ nostrorum, & fructus ex re nostra perceptos, refert sub hanc speciem accessionis: quoniam omninò per se separatim subsistunt, neq; ideo nobis acquiruntur, quod rei accedunt, sed quod ex re nostra proveniunt & generata sunt: per regulam juris, secundum quam, ex re mea natum meum est.

LIT. B.

Partus ancillarum] cum de propriis ancillis loquatur, dubium esse non potest, quin partus acquiratur ei, qui ancillæ dominus est, juxta regulam juris, qua partus ventrem sequi dicitur, quippe cum pater incertus sit, qui in matrimonio ex præsumtione juris certus est. Estq; hoc ita certum, ut nullus de eo JCtus dubitare possit: sicut nec dubitant nec dissentiunt male citati Donell. & Hotto. quibus hic perspicuè injuriam facit Tr. Etenim ille 4. *comment.* 23. disertè docet, per hanc regulam, quod partus sequatur ventrem, non tantum hoc significari, quod partus fiat servus, sed etiam quod ejus servus fiat cuius ancilla est: idque id obtinere ait, sive ex servo sive ex libero ancilla conceperit. *Hottomannus* autem 4. *observat.* 12. quæstionem illam tractat, an quoad jus & conditionem partus, spectetur tempus conceptionis an nativitatis: quæ quæstio ab ea quæ hic tractatur diversissima est. Eadem fructuum ratio est & fætuum natorum ex animalibus nostris de quibus lit. C. nam quoad jus bonæ fidei possessoris diversitas est, ut tractatur infra lit. K.

LIT. D.

Videndum jam est de quatuor speciebus adjectionis naturalis: quarũ prima est alluvio, ubi scilicet sensim aliquid fundo nostro adijcitur *l.* 7. §. 1. *h. t.* §. *præterea.* 20. *Inst. eod.* secus ubi pars aliqua uno impetu abrepta fundo meo adjecta est, quæ prioris domini manet *d. l.* 7. §. 2. *&* §. 21. *Inst. eod.* nisi tãdiu cohæserit fundo, ut cũ terra mea coaluerit *d. l.* 7. §. 2. *d.* §. 22. *Inst. eod. l.* 9. §. 2. *de damn. inf.* tũ enim mea fit per novam illam speciẽ & modum, *coalitionem*, quam male à Tr. omissam paulò antè notavimus. Ubi obiter notandum *in d.* §. 21. *Instit. h. t. inf.* contra quam ibid. male existimat Pacius, numero

mero ſingulari legendum eſſe, *ex eo tempore videtur vicini fundo acquiſita eſſe*, quomodo rectè habet Florentina lectio *in l.7.§.2. hoc tit.* quæ confirmatur ſolida hac ratione, *quod in d.* §. 21. non agitur de acquiſitione arborum, ſed partis fundi, & arborum ideo fit mentio, quod ex quo illæ radices agere ceperunt, pars avulſa cum fundo noſtro coaluiſſe intelligitur. Et ita quidem per coalitionem res noſtra fit, vel res adijcitur nullo intermediante facto hominis: quod aliquando intercedit, veluti ſi quis plantam in ſolo meo poſuerit: quo caſu non per ſolam illam poſitionem, ſed per ſequutam coalitionem, ea res mihi acquiritur, *iuxta §. ſi Titius.32. Inſtitut. h.tit.* adeoque plus hic operatur natura, & malè à Treut. theſ. ſeq. implantatio inter adiectiones induſtriales refertur: ſiquidem proximè non hic operatur factum hominis ſed natura.

Illud autem hic quæritur, an poſt coalitionem ſive plantæ, ſive partis fundi, priſtino domino adhuc vindicatio ſuperſit. Quod ſimpliciter negat Tr. ita ut nec utilem vindicationem concedat, contra expreſſum textum *in l.5.§.3. de rei vindic.* quam ita communiter conciliant Dd. *cum l.9. §.2. de damn. inf.* ut hic ſcilicet textus de actione in rem directa intelligatur. Cum enim ſummo & mero jure ſine alterius facto dominium acquiratur, & aliis quoque caſibus mera & ſumma ratio acquiſitionis, æquitati non raro contraria, non impediat naſci actionem utilem, *arg. §. ſi quis.35. Inſt. h. t.* de quo dicemus th. ſeq. nihil abſurdi eſt ſi etiam in hac ſpecie actionem utilem concedamus, & quidem non abſolutè aut ſimpliciter ſed conditionate, ut mero iure gent. dominus factus, aut rem reſtituat, aut æſtimationem præſtet iuxta *d.§.35. Inſt. h. t.* Quod utique rectius dicitur, quam ut cum *Donell. 4. comment. 27. in princ.* quem male ſequitur Tr. ſententiam *l.5. §.3. de rei vind.* tantum relativè propoſitam, & ita revera antinomiam ſtatuamus: cum præſertim parum interſit, an eiuſmodi utilem in rem, an ei ſubſidiariam in factum actionem concedamus iuxta *l.23. §.5. f. de rei vind.*

Alia hic occurrit controverſia, quam allegato pro diſſ. Hott. obiter attingit Tr. de arbore quæ in vicini fundum egit & immiſit radices. Qua de re ex Caio *in l.7. §. ultim. h. t.* ita reſpondet Juſt *in §. ſi Titius.32. Inſt. h. tit.* ut non tantum arbor de novo in alieno poſita actis radicibus eius fiat cuius & ſolum eſt, ſed etiam ex poſt facto arboris quæ in meo ſolo & mea ſine controverſia eſt, propter

radices

radices in fundum vicinum immissas proprietas, vel in solidum vel pro parte mutetur & transferatur. Cui non obscurè contradicit Pomponius *in l. si plures. 6. in f. arborum furtim cæsarum*: si radicibus, inquit, vicini arbor alatur, id est, si ex vicini fundo radices alantur, tamen eius manet, in cujus fundo est origo arboris: quod confirmatur *ex l. ult. in pr. quod vi aut clam.* ubi radices tanquam accessiones jus plantæ sequi dicuntur. Et *Accurs. in d. l. 6.* variè respondet & conciliat, 1. quod *in d. l. 6.* radices alimentum tantum sumserint ex vicino fundo, non autem in eum immissæ fuerint. 2. quod *in d. l. 6.* nihilominus suffecerint alimenta ex fundo, in quo arbor posita est. 3. distinguit inter æquitatem & jus strictum. 4. inter rationem acquirendi juris gentium & civilem: quæ responsio potior videtur, quoniam illa sæpe videtur abire ab æquitate, quam JCti semper ante oculos habuerunt: & absurdum videatur, ut propter radices paulatim in vicinum fundum quasi serpentes, pristinus dominus dominium vel in solidum vel pro parte amittat: cum aliud hic sit remedium proditum, ut vicinus agat ius non esse vicino ita habere radices *d. l. 6. §. 2. arbor. furt. cæs. & d. l. ult. quod vi aut clam. arg. l. 1. C. de interd.* quod ipsum arguit arborem non effici vicini.

Alluvio in agris limitatis non obtinet

LIT. E.

Secus est in agris limitatis.] Alluvio restringitur & ejus jus ad agros non limitatos *per l. in agris. 16. h. t.* ex qua docemur agros limitatos dici, qui ex hostibus capti, partim militibus, aliisve civibus pauperibus assignabantur, partim publico adjudicabantur, eoque limites illis adiiciebantur, ut quantum assignatum, quantum in publico relictum esset, constaret: quod cum perspicuam satis habeat rationem, nihil prorsus necesse est, *ut in d. l. 16.* pro verbis, *quid in publico relictum esset*, legamus, *quod veteri possessori relictum esset*, cum *Cuiac. 2. obser. 9.* qui tamen, quod Tr. ei imputat, minimè negare videtur, quin ex agris captis aliquid publico relictum, & privatis aliquid fuerit assignatum. Controvertitur etiam de explicatione verborum *in d. l. 16. ut in civitatem veniret:* & dubium facit ambiguitas verborum, *de victis hostibus:* qui vel accipiuntur in casu dandi, & vera videtur explicatio Cuiac. d. loc. non esse limitatos agros, qui hostibus de victis quasi per universitatem concessi fuerunt: aut in casu auferendi, & hoc sensu duplex eorum dari potest explicatio.

1. quod

1. quod ideo non sint pro limitatis, quia venerunt in civitatem Romanam: id est acceperunt jus civitatis Romanæ & Italici soli, ut proinde etiam alluvio debeat habere locum, quæ explicatio est *Donell.4.comm.27* Sed quoniam à jure hoc vitiosè concluditur, eos limitatos non esse, alioquin contra *d.l.16*. nulli agri ex hostib. capti & *in* Italia civibus assignati limitati fuissent, ideo 2. ita explicari verba illa possunt, quod hi agri non sint limitati, qui civitati Romanæ assignati & in publicum redacti fuerunt: quamvis huic explicationi non omninò verba textus conveniant.

LIT. F.

Motu fluminis.] Jus alluvionis in exegesi restringit ad flumina publica: cuius rei ratio non obscura est, quoniam privata flumina nec verè flumina sunt, eorumque termini ab ipsis dominis mutari possunt. Et minimè hinc dissentit cit. *Don. lib. 4. c. 27.* male inspectus aut intellectus à Tr. quoniam Donell. d. loc. ita ad flumina publica jus alluvionis restringit, ut nec in stagnis vel lacubus licet publica sint, ei locum faciat ex ratione *l. 12. h. t.* quod semper suos terminos retineant: tanto magis adeo hoc negabit in lacubus & stagnis & porrò fluminibus privatis, quoniam hactenus ead. horum ratio est.

LIT. G.

Alveus relictus.] Hæc est species tertia adjectionis naturalis, alvei à flumine destitutio: quoniam hic alveus eorum esse incipit qui prope ripam eius prædia possident. Cuius juris ratio post Dd. rectè *à Don. 4. com. 28.* tradi videtur, quod cū fluvius antea occupando alveum fecerit ex agro qui privatus antea erat, æquum sit alvum postea relictum agri jure censeri, & adijci vicinis prædiis, quibus antea fuerat detractus: idque confirmatur ex eo, quod de flumine novum alveum occupante, iterumq; eum relinquente, traditur *in l. 7. §. 5. h. t. & §. quod si Inst. eod.* neq; attendi potest, quod forte alius dominus est, prædii vicini, quoniam non personæ sed prædio hæc adjectio fit. Nihil autē hic obstat, quod alveus appellatur publicus *d. §. 23.* quoniam ita dicitur quatenus consideratur ut contectus à flumine usum eius impediente: quæ ratio cessat ubi discessit flumen: ex quo pars alvei ex flumine prominens vici-

nis prædiis acquiritur de quo agitur lit. seq. Altera ratio huius adjectionis & acquisitionis est, quod cum flumen sese dilatando & paulatim latiorem alveum faciendo damnum inferat vicinis prædiis, per quandam compensationis rationem, agrum vel locum à flumine relictum vicinis prædiis cedere æquum est.

Flumine ad priorem alveum.] Sicut destitutus alveus fit privatus, ita novus à flumine occupatus dicitur fieri publicus *d.* §. 23. *h. tit.* qui rursus si destituatur, non prioris domini sed eorum efficitur qui prope ripam prædia possident *d.* §. 23. *in f. Instit. h. t.* idque ex summa & mera iuris acquirendi ratione, quam proponit & strictam appellat *Caius in l.* 7. §. 5. *in f. Dig. hoc tit.* subiectis his verbis, vix esse ut id obtineat: quod ipsum rectissimè Hottoman. & alii, quicquid etiam Treut. videatur addendum & ex d. l. 7. supplendum putant §. *quod si naturali.* 23. *in f. Institut. h. t.* eum æquitas non patiatur novum vicinum cum damno alterius lucrum sentire: maximè si ponas, non multo post tempore flumen alveum noviter occupatum iterum destituisse. Neque placet distinctio *Donell.* 4. *comment.* 28. *in f.* an flumen occupaverit agrum salva eius forma, an formam agri sustulerit, eumque fluendo excavaverit: quin imò nulla hæc distinctio est, quoniam illo casu re vera flumen non dicitur novum alveum fecisse, sed tantum agrum inundasse: hoc casu dominium non mutatur: illo casu summo jure mutatur, & postea destitutus alveus vicinis prædiis adijcitur *d.* §. 23. *Inst. h. t. cum* §. *seq.* in quo prior casus deciditur quod ager inundatus recedente postea aqua, ejus maneat cujus & fuit. Cui sententiæ textus à Tr. citatus *l. si ager.* 23. *quemadm. usufr. amitt.* minimè suffragatur, sed valde obstare videtur, in his verbis: si ager inundatus fuerit, amittitur ususfructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur. Sed responderi potest 1. cum Accurs. quod JCtus *in d. l.* 23. ita loquatur respectu amissi usus, in quo est dominii & proprietatis emolumentum *l.* 66. §. 6. *de legat.* 2. & hinc 2. quod proprietas amissa videatur interim respectu effectus. 3. quod proprietas amissa dicatur vel omnimodo, si flumen alveum ex agro fecerit, ita ut nec recedente flumine restituatur: vel non omnimodo ut priori domino restituatur, velut in specie *d. l.* 23. Deniq; & 4. quod JCtus *in d. l.* 23. consideraverit casu dubium, inundationis ita comparatæ, ut diutius durare, & ex agro alveum efficere possit.

Et

Et hæc porrò ita obtinere ait Tr, ut novus alveus confinibus possessoribus acquiratur, sive flumen repentine sive lente ad priorem alveum fuerit reversum. Et sane non satis rationis habuit Hottom. cum hic inter se committeret *Iustin. in d.* §. 23. *Caium in l.* 7. §. 5. *h.t. Alfenum in l. Attius.* 38. *h.t.* cum Pomponio *in l.* 30. §. 3. *eod.* Et male confundere videtur *Hottoman. 6. observ.* 1. fluminis occupationem, & eiusdem ad priorem alveum regressum: inter quæ hactenus interest, ut si flumen uno impetu occupaverit agrum vicinum, non protinus censeatur amissum dominium, maximè si fluvius pristinum simul alveum servet: sed amissum censetur dominium, si sensim & paulatim occupet agrum: ex quo scilicet colligitur, hanc non esse fluminis exundationem, sed novi alvei occupationem: quæ præsumtio illo casu cessat, quoniã flumina repentino impetu extra ripas suas sese effundentia, fere etiam paulo post regredi, & intra alveos suos se recipere solent: quod si enim flumen ita repente sese effundat, ut simul alveum suum derelinquat, admitti potest dominium hic mutari: quo posito, videlicet ex agro alveum esse factum, nihil ad mutandum aut variandum jus acquisitionis facere potest quod flumen vel repente vel paulatim ad priorem alveum se recepit. Apparet autem hinc, nihil certi in utramque partem sive occupationis, sive reversionis, paulatim sive repente factæ, statui posse, sed ex circumstantiis judicandum esse: & ex his quoque explicari potest Pompon. *in l.* 30. §. 3. *hoc tit.* ubi non improbat distinctionem sæpe dictam in casu occupationis, sed in casu reversionis. Et nimirum accipiendus est ille locus vel de eo casu, quo flumen nondum alveum fecit ex agro occupato, quippe quem Pomonius pristino domino vult restitui: vel referendus est ad æquitatem, propositam etiam *à Caio in l.* 7. §. 5. *h.t.* Etenim quod ager inter flumen & viam publicam *in d.l.* 30. situs proponitur, non impedit jus acquirendi *per l. Attius.* 38. *in f. hoc tit.* ubi JCtus docet, licet via interiaceat, nihilominus alveum desertum à flumine acquiri ei, qui prope viam prædia habet, quoniam & ipsa via pars fundi esset, videlicet initio ex privatorum possessionibus decisa, ut proinde vicinis, ea quæ trans viam à flumine destituuntur, acquiri æquum sit.

Quoniam autem in mentionem *d.l.* 38. incidimus, brevem ejus resolutionem subijciemus. Attius, *inquit Alfenus*, fundum

habebat ſecundum viam publicam, ultra viam flumen erat & ager Lucii Titii: ubi Haloander ita legit, intra ſive inter viam & flumen erat ager Lucii Titii: quam lectionem probat *Hott. 6. obſ.1.* fortaſſis quia ex ſpecie facti apparet, agrum Titii inter viam publicam & flumen medium fuiſſe, cum ex lectione Florentina colligi videatur, poſt flumen agrum Titii poſitum fuiſſe. Verum hæc ſufficiens mihi emendandi ratio non videtur, quoniam exiſtimo JCto propoſitum non fuiſſe, accuratè, agri fluminis & viæ publicæ deſcribere ſeriem, quæ ſatis ex ipſa facti ſpecie apparet, ſed ſaltem hoc docere, quod ultra viam flumen & ager Titii erat, qui ſi perſpicuitatis gratia delineanda res ſit, ante flumen collocandus, & hoc modo res conſtituenda eſt.

Ager Attij	*Via publica*	*Ager L. Titij*	*Flumen*	*Ager Mævij.*

ſequitur *in d.l.38.* flumen paulatim primo agrum *videlicet L.Titij* ambedit, & viam ſuſtulit, *latius ſcilicet progreſſum:* poſtea rurſus receſſit, & in antiquum locum rediit. Reſpondet JCtus, cum flumen agrum & viam publicam ſuſtuliſſet, eum agrum eius factum, qui trans flumen fundum habuiſſet: agrũ videlicet, non L. Titii, quippe qui in prima parte caſus à flumine occupatus proponitur, ſed agrum ſive alveum potius, quem flumen occupando agrum Titij & viam, deſtituerat, qui videlicet deſtitutus ſummo & mero jure acquiritur ei, qui trans flumen fundum habebat, quem ſcilicet Mævium diximus. Sequitur altera pars reſponſi: poſtea cum paulatim retro rediiſſet ademiſſe ei cuius factus eſſet, videlicet Mævio, & addidiſſe ei cuius fundus trans viam eſſet: eâd. acquiſitionis ratione & proportione, & ea videlicet, quam ex ſummo jure proponit Caius *in l.7.§.5.h.t. Iuſtin. in §. quod ſi 23. in f. Inſt. eod.* ſecundum quam ager L. Titij intermedius occupatus à flumine publicus fit, & deſtitutus jure alvei modo Attio qui ultra viam fundum habet, modo Mævio qui ultra flumen habet fundum, adiicitur & acquiritur. In extremo *d.l.38. verſ. nec tamen*, proponitur ratio dubitandi, ad quam paulo ante reſpondimus, & propter quam videbatur via interiecta impedire, quo minus à flumine deſtitutus ager Attio acquireretur.

LIT.

Lit. H.

Insula in flumine nata.] In mari enim nata fit occupantis *l.7.§.3.h.t.§.insula.22. Inst. eod.* idemque si nata sit in flumine & ea eius parte, qua adiacens ager limitatus, nam & hæc fit occupantis *l.1.§.6.de flumin.* cæteroquin acquiritur iis qui prope ripã prædia possident *d.l.6.§.3.h.t.& d.§.22 Inst.eod.* insula videlicet propriè ita dicta & duobus modis in flumine nata, cum flumen locum, qui alvei erat, siccum relinquens circumfluere cepit: & cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit *l.30.§.2.h.t.* Tertio enim modo *d.§.2.* proposito cum agrum aliquem qui alvei non erat, flumẽ circumfluit, tantum forma externa insula dicitur, eoq; vicinis prædiis non acquiritur *d.§.34.inf. Inst.h.t.* ubi Justin. rectè ait, agrum esse redactum in formam sc. externam insulæ. Et huius acquisitionis ratio dependet ex eo, quod ante diximus, alveum cui inhæret insula, quatenus eius usus à flumine non impeditur, censeri partem prædiorum vicinorum: cui accedit & illa, quam reddit *Hottom.1.obs.23.* quod insula in flumine nascens efficiat, ut flumen in ripam exundet, vicinique agri partem occupet: ut proinde æquum sit, quantum de suo prædio dominus vicinus perdiderit, tantum in insula enata recuperet. Porrò ut Tr. ait acquiritur vicinis possessoribus insula non tantum proprietate, sed etiam usu. Et hoc quidem dubium non est, quin etiam ad eos qui propè ripam prædia possident, usus eos pertineat: sed istud quæritur: an non, sicut in ripis, ita & in insulis aliquid publici sit ratione usus, & hoc quidem non omnimodo, sed ut in iis ex ratione iuris gentium retia siccare, naves appellere, ibidem religare, & alia id genus facere liceat: quæ est sententia *Hottom.1.obs.23.* quod insula sit privata usu, in qua possessores & domini vicinorum prædiorum sementem facere, arbores plãtare, &c. possint, sed publica usu, videlicet quò ad partes exteriores, quæ obtinent circumcirca vicem riparum, quas usu secundum modum iam dictum publicas esse constat. Nec fortassis pro diss. citatus Cuiac. aliter sensit 11.*obs.*14. quippe cum fateatur proprietatẽ esse vicinorum, quæ inutilis futura esset, si omninò usum earum publicũ esse diceremus: quamvis sane male Cuiac. insulam cum flumine publico comparat, sumta errandi occasione *ex l.pen.§.ult.h.t.* ubi ita argumentatur Labeo: si id quod in

flumine publico innatum vel ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet. Qui sane locus scrupulo non caret: *& Hott.6.obs.23.* ita legendum putat, *non si id quod in flumine publico, &c.* Quæ lectio utcunque Accur. teste fide quorundam veterum exemplarium defendatur, procul dubio tamen à sententia JCti abhorret, qui insulam in flumine natam, aliis flumini innatis comparat. *Donell.4.comm.29.* explicat de insula quæ alveo non cohæret, *arg. d.l.pen.* §.2. Verum obstat comparatio insulæ cum aliis flumini innatis & inædificatis. Marcus *Lyclam.* post quosdam ineptius *7.membran.2.* ex præsupposito Labeonem argumentari existimat, non autem ab eo probari antecedens, sed ab absurdo consequenti falsitatem antecedentis argui. Rectius hoc vulgò & cum Cujac. explicari videtur, quod insula sit publica, secundum quid quatenus exigit necessitas eorum, qui secundum jus gent. flumine utuntur: ideoque etiam secundum quid accipienda est comparatio, quam Labeo ibid. inter flumen & flumini innata facere videtur: & nimirum ex centonibus hinc inde exceptis & distractis nihil certi aut solidi effici potest. Porrò jam dictam Hotto. sententiam de qualitate insulæ in flumine natæ, probat etiam male pro diss. citatus *Robert.1.recept.lect.* 11. ubi ait, insulas, quatenus undiquaque riparum vicem sustinent, usu publicas esse. Obiter hic notandum rectius habere se lectionem vulgatam *in d.l.pen.* §.1.*D.h.t.* in eo genere insula est, quo ripæ flumini & littora mari proxima sunt: Florentina autem lectio contortum habet sensum, & ferè efficit, quod insula in flumine nata, littoris habeat rationem.

LIT. I.

Ad hanc fructus.] Proponit illam speciem accessionis, qua beneficio rei alienæ alicui quid acquiritur: velut bonæ fidei possessori lit. K. & fructuario lit. L. Sed haud scio, an satis accurate: nam quod ad fructuarium attinet, ille iure servitutis constitutæ fructus suos facit, non autem jure soli: cui argumento est, quod fructuarius fructus ab alio perceptos, vel etiam simpliciter à solo separatos, citra factum aliquod collectionis suos non facit *l.25.*§.1.*de usur. l.13. in f.quib.mod. ususfr. amit.* Bonæ fidei autem possessor tanquam interim dominus fructus acquirit, per *d.l.25.*§.1. cum ipse Tr. subjiciat, eum tanquam lucrari fructus consumtos, consumtio autem

non poteſt dici ſpecies acceſſionis. Et nimirum ita ſe res habere videtur quod ex re noſtra aliquid acquirimus, vel quod ei aliquid adjectum, vel quod ex ea aliquid generatum eſt. Eſt autem res noſtra vel ſimpliciter & verè, vel iuſta opinione, cuiuſmodi eſt res bona fide poſſeſſa, ex qua fructus acquiruntur poſſeſſori, quam diu videlicet fundamentum acquiſitionis, bona fides, durat: quo mutato vel ſublato poſt ſupervenientem malam fidem, maximè poſt rem evictam, cedente opinione veritati, domino verò fructus cum ipſa re ſunt reſtituendi: de quo etiam actum eſt ſupra *part.* 1. *diſput.* 15. *theſ.* 11.

A malæ fidei.] De hoc, quod omnium omninò fructuum nomine teneatur, actum eſt *d. loc. th.* 1. *lit. A. & B. C.*

Sed an qui bona.] De hac etiam quæſtione, an cui poſtea mala fides supervenit, fructus facit ſuos, actum eſt, *d. loc. th.* 12. *lit. D.*

LIT. K.

A bonæ fidei poſſeſſione.] Expreſsè in theſi perceptionem refert inter ſpeciem acceſſionis naturalis, & tamen ſtatim in exegeſi ſubijcit, quod fructus conſumtos lucratur: aliud autem eſt percipere quam conſumere: quamvis aliâs verum ſit, quod longe plus ſit in conſumtione, quam in nuda perceptione: quoniam perceptio modus quidem acquirendi dominii eſt, ſed revocabilis, quippe extantes adhuc, ex ratione paulo ante dicta, domino verò ſunt reſtituendi, quod contra *Donell.* 4. *comment.* 25. ubi induſtriales fructus etiam ſi extent, reſtituendos negat, probatum eſt *dict. diſputat.* 1. *diſputat.* 15. *theſ.* 11. *lit. D.* & ibidem oſtenſum, quod de fructibus conſumtis indiſtinctè bonæ fidei poſſeſſor non teneatur *per* §. *ſi quis.* 36. *Inſtit. h. t.* §. 2. *in f. Inſtit. de offic. iud. l.* 4. §. 2. *fin. regund.* neq; probanda Cuiac. ſententia rectè hic à Tr. improbata, qui *in l.* 40. *h. t. tract.* 7. *ad African.* putat æſtimationem fructuum naturalium conſumtorum etiam à bonæ fidei poſſeſſore præſtandam eſſe, & frigide captat verba *d.* §. 36. *pro cultura & cura:* quæ & reliqua, remittimus *ad d. loc. diſput.* 15. *part.* 1. *th.* 12. *&* 11. ſub qua lit. E. etiam actum eſt de explicatione *l. fructus.* 45. *de uſur.* an bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſola perceptione faciat ſuos: itidemq;, quod etiam hic movet Tr. an bonæ fidei poſſeſſor nomine fructuum conſumtorum, quatenus locupletior factus eſt, conveniri poſſit.

Pen-

Pendentes ad dominium fundi.] Frustra de istis hic quæritur, quoniam sunt pars fundi, cum quo domino sunt restituendi.

In bonæ fidei possessore non refert.] Duplicem distinctionem removet Tr. ut scilicet bonæ fidei possessor fructus acquirat, sive habeat titulum sive non, sive titulum habeat lucrativum, sive onerosum. Quæ pertinent ad explicationem *l.45. de usur.* ad quam aliqui Dd. præsertim ex neotericis ita respondere solent, qui scilicet putant bonæ fidei possessorem etiam naturales fructus percipiendo facere suos, de qua re actum est sæpe cit. loc. Prius autem illud ita limitandum est, modò iusta opinione ductus titulum se habere putet, cæteroquin bonæ fidei possessor non poterit videri.

LIT. L.

Vel usufructuario.] Jam supra hac th. diximus, istam acquisitionem huc non pertinere: & minus huc pertinet, quod *in vers. vasallo aliove, &c.* & quidem confusè satis proponitur: & videlicet ius vasalli sive emphyteutæ finitur vel per extinctam generationem, vel culpa ipsorum: secundum quod hæc distinguenda & explicanda sunt: quod ut impertinens, ad suum locum remittimus.

THESIS VI.

LIT. A.

Agitur hac thesi de adiectione quæ fit opera & industria hominis: & hoc vel mutata specie, de quo th. seq. vel non mutata: cuius acquisitionis fundamentum est, quod adjunctum utpote accessorium, cedit subiecto tanquam principali *l.23. §.3. de rei vind.* ita ut ab hoc quasi consumi videatur, unde Just. rem quæ ita per adiectionem alteri cedit, extinctam appellat *§. si tamen. 27. Inst. h. t.* Tres autem sunt casus, quod vel adiicitur alienũ alieno, vel alienũ, suo, vel suum alieno, quibus omnibus domino subiecti res acquiritur, cuius ius quia non mutatur, sive quis adiecerit rem suam sive alienam, ideo in duobus casibus hæc res tractari solet, si quis rem alienam adiecerit suo, sive suam alieno: quæ duo membra in specie adiectionis, quæ dicitur inædificatio, in pr. th. proponit Tr. & 1. si quis materiam alienam ædificando adiecerit suo solo, id est, si ex aliena materia in suo solo ædificaverit: & statim subiicit in exegesi

gesi in hæc verba: *materiam tamen prior dominus vindicat, vel ad exhibendum agit, etiam post tempus usucapionis dissoluto ædificio* : sed mox addit: *stante vero ædificio ad tigni æstimationem agitur, &c.* Et ergo prius illud ad casum soluti, posterius ad casum stantis ædificii, & quidem utrinq; in totum pertinet, siquidem recta debet esse oppositio. Sed tamen contra se res habet, & Tr. malè & vitiosè hanc rem tractat: Nam 1. quod etiam stante ædificio locus sit actioni ad exhibendum & vindicationi, probat *l. 23. §. pen. de rei vind. l. 98. in f. de solut* Et nimirum in prima quoq; parte, an bona an mala fide tignum junctum esset distinguendum erat, quod posteriori casu utraque jam dicta actio non directa neq; adsolvendum, sed utilis, & velut hoc explicat *l. 1. §. ult, de ting. iunct.* ad hunc effectum datur, ut qui junxit pretium tigni, & quidem iuramento in litem æstimatum, præstare teneatur: quo sensu in casu §. 2. *vers. sed si nummi Inst. quib. alien. lic. vel non*, dolo consumtis nummis actio ad exhibendum competere dicitur. Ex adverso quod in secundo membro actionem furti proponit, etiam stante ædificio locum habet: neque apparet satis quid illis verbis sibi velit Tr. *si mala fide, tenetur furti in duplum, & condictione furtiva ædificio soluto*. Etenim ita confundit casum stantis & soluti ædificii, & obscurum est, an utramque an alterutram actionem ad casum soluti ædificii restringat : illud tamen constare debet, propterea quod solutum ædificium est , non fieri meliorem conditionem jungentis sive ædificantis. Porrò amplius & tertio, *in versic. si putavit, &c.* ait Tr. solam iusti pretii solutionem sufficere, si quis putaverit suum esse: & tamen *in vers. prec.* eum qui bona fide junxit actione tigni iuncti in duplum conveniri tradit: utique autem qui bona fide iunxit, utcunq; tignum furtivum fuerit, suum tamen esse putavit. Denique & 4. ita opponit eum qui bona fide iunxit, ei qui mala , quod ille conveniatur actione tigni iuncti in duplum, hic actione furti in duplum: itaque in obscuro relinquit, qua in re potior & melior illius sit conditio : quin & ideo vitiosa oppositio est, quod & contra hunc actio tigni juncti datur , ut probatur *ex l. ult. de ting. iunct.* Quæ non levem in se habent incuriam & negligentiam , atque ita potius crux figitur studiosis: & videamus omisso Tr. annon hæc ita rectè explicentur. Nimirum ubi quis in suo solo ex aliena materia ædificavit , sive in solidum sive pro parte , ipse sicut ædificii , ita & materiæ dominus efficitur: sed quia ratio non

patitur, ut dominus materiæ sine facto suo eam amittat, quæritur, quibus remediis materiæ domino contra ædificantem pro indemnitate sua sit consultum: quod scilicet pendet tum ex persona jungentis tum ex casu ædificii stantis vel dissoluti. Quod illam, distinguitur, quod aut iunxit sciente vel patiente domino, & non nisi actio in simplum est, quo pertinet *l. de eo 63. de donat. int. vir. & uxor.* aut domino ignorante: & hic rursus aut junxit bona fide, putans rem esse suam, aut mala fide: utroque casu ædificium vel stat, vel dissolutum est. Secundum hæc his propositionibus res ista deciditur 1. contra eum qui bona fide iunxit, stante ædificio neq; vindicatio neque actio ad exhibendum datur, sed vel actio in factum pro consequenda æstimatione, *arg. l. 23. §. 5. vers. non idem de rei vind.* si pristinus materiæ dominus mitius agere velit: aut actio ex l. 12. tabb. de tign. junct. in duplum, non mere pænalis, sed mixta, ita ut in duplo etiam insit rei persequutio.

Quod autem hæc actio, etiam contra eum qui bona fide ædificavit, detur, probatur his rationibus. 1. ex generalitate textuum *in l. 1. in prin. de tign. iunct. l. 23. §. 6. de rei vind. §. cum in suo Institut. h. tit.* 2. quia juxta *d. §. in f.* aliquo casu, quo actione tigni juncti dominus expertus & duplum consequutus est, soluto postea ædificio vindicatio materiæ cessat, cui tamen locus esset, si mala fide tignum junctum fuisset *l. ult. de tign. iunct.* Et ergo si aliquando post actione tigni juncti duplum exactum, soluto ædificio vindicatio materiæ non competit: ergo illa actio etiam dabitur contra bonæ fidei possessorem. Ratio connexi est, quoniam ubi contra malæ fidei possessorem actum est, superest rei vindicatio *d. l. ultim. de tign. iunct.* 3. quoniam *in d. l. 23. §. 6. de rei vind.* in hoc opponitur actio ad adhibendum actioni de tigno juncto, quod illa tantum contra mala fide jungentem datur: quæ oppositio nulla esset, si hæc itidem actio non daretur contra eum qui bona fide ædificavit. 4. facit huc argumentum à contrario sensu *ex d. l. 63. de donat. int. vir. & uxor.* ubi ab hac actione tantum ille eximitur, qui sciente vel patiente domino ædificavit. Neque obstat quod aliquoties fit mentio tigni furtivi: quia etiam aliquãdo simpliciter fit tantum mentio tigni juncti: & forte ideò tigni furtivi mentio fit, quia plerumque res mobiles alienæ in vitium furti cadunt. *§. 3. Inst. de usucap.*

Quod

Quod autem contra bonæ fidei possessorem hæc actio mixta sit, tum ex æquitatis ratione, tum necessario probatur *ex d. §. cum in suo 30. Inst. h. t.* quod scilicet cesset rei vindicatio, si duplum fuerit stante ædificio exactum, quæ utiq; non cessaret, si actio intentata merè pænalis fuisset: Siquidem certa juris regula est, tum quod mere pænalis actio non consumat persecutoriam: tum quod quæcunque actio pænalis persecutoriam consumit, eam mixtam esse oportet. Neque adeo iniquum videri debet, actionem dupli licet mixtam dari contra bonæ fidei possessorem: vel quia diligentius conditionem rei inquirere debet ædificans, vel cum à l. 12. tabb. iniuria inferatur domino, qui invitus re sua carere cogitur, altero tanto ea injuria compensanda visa fuit: vel quia aliâs actione ad exhibendum & in rem conventus possessor, fortassis cum ruina ædificii, adeoque gravissimo suo damno tignum eximere coactus fuisset: vel denique quia non præcisè possessor bonæ fidei duplum præstare tenetur, sed ex quorundam sententia restituto tigno condemnationem dupli evitat, de quo mox dicemus. Ratio autem quæ movit L. 12. tabb. ut negaret vindicationem tigni iuncti, hæc fuit, ne cum deformatione publica & summo ædificantis damno rescindere ædificia necesse esset, § *cum in suo vers. quod ideo Instit. hoc tit. arg. l. 1. in princ. de tign. iunct.* quæ ratio scilicet propria est tigni ædibus: alia est, propter quam etiam tignum vineæ junctum decemviri solvi vetuerunt, ne scilicet turbaretur cultura vinearum *d. l. 1. de tign. iunct.* & notat *Marcil. ad l. 12. tabb. cap. 59.* in specie decemviros tigni concapis fecisse mentionem, videlicet significantes pedamentum aut perticam non quamvis, sed quæ juncta sit capiti sive radici vineæ. Atque hæc est prima propositio.

Altera propositio est. Si tignum bona fide junctum & ædificium dissolutum sit, siquidem antea tigni juncti actum non fuit, dominus habet vindicationem contra quemcunque possessorem materiæ, & illum ipsum qui junxit: quia cessante causa dominii, cohærentia cum solo, ipsum dominium cessat, & aliud juris est in materia separata, & in materia ædificio coniuncta: unde explicandum quod Treutl. ait in prin. huius tit. licet ædificium usucaptum fuerit, tamen eo soluto materiam posse vindicari *per l. 7. §. 11. hoc tit. l. 23. §. ult. de rei vindic.* textus ad hoc elegans in

l. eum qui 23. *de usucap.* Quod si stante ædificio dominus duplum vel æstimationem fuerit consequutus, nulla ei actio postea superest, quippe quod ipse ædificans dominus materiæ effectus censetur, quod accidit omnibus casibus, quibus bonæ fidei possessor conventus præstitit æstimationem *arg. l.* 63. *de rei vind.*

Tertia propositio est. Si quis mala fide iunxerit tignum, stante ædificio datur contra ipsum actio de tigno iuncto in duplum & quidem merè pœnalis, propter adiectam qualitatem tigni furtivi, ut probatur *ex l.* 2. *de tign. iunct.* ubi etiam post hanc actionem superest rei vindicatio. Et quamvis etiam tignum furtivum possit iungi ab ignorante bona fide, non tamen existimo, sub hac qualitate actionem tigni iuncti cōtra bonæ fidei possessorem intentatam, aut certè aliam qualitatem adiectam fuisse: quod ut dicamus suadet omninò *d. l.* 2. quæ aliàs prorsus pugnaret *cum §. si quis in suo* 30. *Inst. h. t. in f.* ubi negatur superesse vindicatio materiæ. Et ideo hic distinguendum non est, an res sit furtiva necne, quoniam ubi bona fide quis iunxit, nihil hic interesse potest, licet aliâs quoad effectū usucapiendi non parum intersit. Cum hac autem actione tigni iuncti, concurrit etiam actio furti in duplum, ut tamen una alterā consumat: itemque condictio furtiva §. *ita tamen.* 27. *in f. Instit. h. tit.* & amplius, ut paulo ante dictum, actio in rem & ad exhibendum, tanquam contra eum qui dolo desierit possidere. Quarta deniq; propositio est. Soluto ædificio cessat quidem actio tigni iuncti, sed cæteris omnibus actionibus, paulo ante relatis locus est, quoniam propter ædificii dissolutionem, conditio eius melior fieri non debet.

Nec ædificans tignum restituendo.] Ait non effugere ædificantem dupli præstationem, si tignum exemtum restituat, vel potius restituere velit, maximè si mala fide possideat: & ergo etiam qui bona fide iunxit, utcunque tignum præstare velit, duplum tamen præstare cogetur. Et de eo quidem qui mala fide iunxit res non est dubia, cum concurrat actio furti, quod contraxit tignum jungendo: sed res expedita non est, si bona fide ignorante videlicet domino junxerit. Et pro Tr. facit, tum quod ius domino quæsitum, cui actio tigni iuncti à L. 12. tabb. data est, non videtur per oblationem tigni auferri posse: tum quod lex hunc finem propositum habet nec ædificia cum deformatione urbis destruantur, quem fi-

nem

nem non assequeretur, sit tignum eximere & offerre liceret: qua de causa etiam, & hæc tertia pro Tr. ratio est, tignum junctum solvi vetuit *l. 1. de tign. iunct. l. 98. in f. de solut. l. 6. ad exhibendum.* Sed in contrarium disputat *Donell. 4. comm. 33.* & facit contra Tr. 1. quod cum bona fide iungentem nullam aspergat delictum, nec actio duplici, iuxta paulo ante dicta contra eum fundatur, nisi quatenus dominus invitus re sua carere cogitur, consequenter oblato tigno hæc actio cessare, & perinde tum esse videtur, ac si nunquam tignum iunctum fuisset. 2. quod textus iuris passim ita loquuntur, ut videantur facultatem eximendi ædificanti concedere, veluti dum hanc rationem reddunt L. 12. tabb. ne ædificia rescindi necesse sit, & ne quis tignum eximere cogatur, ut *in l. 7. §. cum in suo. Inst. h. t. §. cum in suo. 30. Inst. eod.* Neq; obstat prior illa pro Tr. adducta ratio: quoniã imò ius domino quęsitum esse negatur, cui etiam nulla iniqua infertur cõditio, quippe quod ipsi salva sit actio contra furem. Ad reliquas duas rationes respondet Donell. quod verba, *Ne eximere cogatur,* indubitatè pertineant & referantur ad reum, sed illa verba, *tignũ ne solvito, lex tignum solvi vetat*, possint etiam referri ad actorem, hoc videlicet, ut explico, sensu, quod actor vindicando vel agendo ad exhibendum, efficere & consequi non possit, ut reus tignum eximere & restituere teneatur & cogatur. Et hinc porrò dicendum erit, publicum commodum & splendorem spectari non principaliter, alias enim contra fieri non liceret, sed in consequentiam, quod alias nunquam ædificia demoliri dominis liceret. Et hic etiam tantum sensus est *l. 41. in pr. de legat. 1.* quod eius generis quæ inhærent ædibus, non possint ita legari, ut hæres ea eximere & præstare cogatur. Ista tamen responsio efficere videtur, ut etiam qui mala fide iunxit, exemtione tigni condemnationem evitare possit, quia Lex XII. tabb. citra distinctionem malæ & bonæ fidei ita loquitur, ne tignum eximere cogatur. Et hoc sanè affirmat Donell. Cuius sententia admissa ad rationem supra in contrarium adductam possit non improbabiliter respõderi, evitari quidem præstationem dupli & excludi actionem de tigno iuncto, sed ex alio capite actionem furti in duplum manere salvam. Et ad confirmandam sententiam Donelli & ad removendas superius adductas rationes addi potest 1. ita locutam esse L. XII. tabb. quod regulariter nemo præsumatur exemturus tignum, quod falsum,

gravius ferè damnum ſequeretur. 2. quod in tractatione de impenſis, de qua lit. A. paſſim de facultate tollendi ædificii traditur: ut præciſè verum eſſe non poſſit, quod non liceat demoliri ædificium. 3. quod non omne tignum eius conditionis eſt, ut eius exemptionem ruina ædificii ſequatur, ſed ut eo ſalvo in detracti tigni locum, aliud ſubſtitui poſſit.

Tignum eſt omnis materia.] T. ait 1. quod etiam pars ædium appellatione tigni veniat. Quod ego non ſatis capio, quomodo rectè dici poſſit, in hac præſertim materia, ubi tignum dicitur materia ante ſeparata ædibus iuncta: quod de parte ædium dici non poſſe videtur. 2. allegat pro diſſ. Hottoman. quaſi hic neget tignum eſſe omnem materiam ædificando aptam. Atquin ille *in §. cum in ſuo Inſt. h. t.* quod Juſtin. ait, tignum eſſe omnem materiam ex qua ædificia fiunt, his verbis explicat, veluti trabes, lapides, cementum, tegulæ, lateres *ex l. 7. in pr. ad exhibendum & l. tigni 62. de V. S.*

LIT. B.

Proponit alteram conſiderationem, ſi quis ex ſua materia ædificet in ſolo alieno, his verbis, *vel in alieno ſolo ex ſua materia ſcienter.* Quæ verba efficiunt, ut hæc ſit ſpecies acceſſionis & acquiſitionis, quæ initio theſis proponitur: atque ita tum demum cedat domino ſoli, ſi quis mala fide in ſolo quod alienum eſſe ſcivit, ædificaverit. Quam explicationem verborum Tr. neceſſario requirit, quod ſtatim lit. C. ſubiicitur, *non etiam ignoranter facta.* Et hoc tamē perſpicuè falſum eſt, quoniam bona fides ædificantis, non impedit quominus ædificium cedat ſolo, ut expreſſiſſimū eſt *. in l. 7. §. ex diverſo 13. h. t. § . ex diverſo. 31. Inſt. eod.* Sed nimirū Tr. confudiſſe videtur quæſtionem de impenſis, earumq; retinendarum & deducendarum jure, circa quam intereſt an bona an mala fide ſint factæ.

Si ædificium immobile ſit.] Limitatio hæc eſt, ut ædificium ita demum cedat ſolo ſi ſit immobile ex ratione manifeſta, quod ædificium mobile, quod de loco in locum moveri poteſt dici nequit adiunctum ſoli, iuxta *l. Titius. h. t.* Debebat autem hoc in pr. huius tractationis præmittere, quoniam idem obtinet in conſideratione priori, ſi quis in ſuo ſolo ex aliena materia ædificaverit.

Tum enim ne quidem diruto.] Cum dixiſſet, acceſſionis ſpeciem

eſſe,

esse, si quis in alieno solo ex materia sua scienter ædificet, subiicit in hac verba, *tum enim ne quidem diruto ædificio materiam vindicat ædificans.* Cuius nulla est cum priori connexio, neque deducitur ex illo, quod pertinet ad modum acquirendi per accessionem, quæ diruto ædificio nulla amplius est: ut proinde materiam vindicari posse nullo modo contrarium sit juri acquirendi per accessionem: quandoquidem ubi quis bona fide ædificavit, qui materiæ solutæ sine dubio vindicationem habet, ædes solo cedere constat. Amplius verba hæc Treutler. omninò implicant, aliquando etiam stante ædificio materiam vindicari posse. Quod quidem falsum est in eo genere vindicationis, quæ soluto ædificio datur, quippe quod, ut paulo ante dictum, actio utilis in rem aut ad exhibendum, contra eum qui mala fide iunxit, sub hoc prætextu datur, tanquam dolo malo desierit possidere. Verum hoc quoque nihil ad hoc casum pertinet, ubi quis ex sua materia in alieno ædificavit: quo casu aut stat ædificium, & non potest vindicatio dari ædificanti, sed omninò vindicanti domino soli ædificium restituendum est: aut dissolutum est: & hic aut dissolutum est possidente adhuc eo qui ædificârat, & frustra quæritur de vindicatione ei danda: aut possidente domino soli: & hic rationis videbatur, ut sicut in membro & consideratione priori, ubi ex aliena materia ædificatum est in suo, ædificans fit dominus materiæ, quatenus ea ædificii est, quo soluto dominus eam vindicat: ita & hic, licet qui ædificavit ex sua materia in alieno amittat materiæ dominium, quatenus est ædificii, eo tamen soluto, atque ita cessante acquisitionis causa, eam vindicare possit. Et hoc sane utcunque mala fide ædificaverit, ratio suadere videbatur, tum ne alter cum damno alterius locupletior fieret, tum quod extra terminos suos, qui fundantur in cohærentia ædificii & soli, acquisitio hæc porrigi non posse videtur. Et in hanc sententiam quod dissoluto ædificio ad pristinum dominum, etiamsi mala fide ædificaverit, materia redeat expresse rescripsit Imp. Antoninus *in l. 2. Cod. de rei vind.* sed aliud visum fuit *Caio in d. l. 7. §. ex diverso. 12. h. tit.* cuius sententiam sequutus est *Iustin. in d. §. ex diverso. 31. Instit. eod.* sed non ex ratione illa acquirendi per accessionem, sed ex plane diversa & nova ratione, quod scienter ædificans in alieno, videatur impensas donasse domino soli

ſoli: quæ ſcilicet præſumtio donationis ſummi & ſtricti juris eſt, cui ſane fatendum eſt repugnare æquitatem, quæ in ſimili allegatur *in l. plane* 38. *de acquir. hered.* niſi quis fortaſſis loca illa in ſpeciem contraria coniungenda & ita componenda eſſe exiſtimet, quod iuxta §. *ex diverſo*, præſumtio quidem ſit contra ædificantem, donandi animo ædificium impoſitum fuiſſe, ut tamen ea præſumtio indiciis & coniecturis elidi poſſit, ad quem ſenſum torqueri poſſint verba finalia *d. l. 2. C. de rei vind. ſi non donandi animo ædificia alieno ſolo impoſita ſint*: id eſt, ſi hoc ipſum quod non donandi animo fecerit indiciis & coniecturis ædificator oſtendere poſſit: cuiuſmodi coniectura ex ratione juris civilis *arg. l.* 37. *in pr. de rei vind.* hæc dari poteſt, ſi poſt bona fide accèptam rem & ceptam poſſeſſionem ſoli ædificium poſuerit: quoniam ſperare potuit, ſe rem uſucapione acquiſiturum eſſe: cum præſertim alia ſit ratio poſſidentis, alia non poſſidentis, in quo facilius præſumitur donatio impenſarum, *arg. l. ſi ſervus* 27. §. *ſi olivam* 25. *ad L. Aquil.* & alias ex communi Dd. ſententia quævis cauſa etiam fatua excludat donandi (quia donare perdere eſt,) præſumtionem.

Si ædificium poſſedit.] Agitur hic de impenſis, quas & quatenus mala fide qui eas fecit, conſequi poſſit. Et in genere diſtinctio prima eſt, quod aut non poſſidet rem in quam impenſas fecit, de quo mox dicemus, aut poſſidet: & hic ſubdiſtinguitur inter ſpecies impenſarum: ſecundum quam diſtinctionem primo tradit Treutl. quod neceſſarias deducat: eamq; propoſitionẽ, quæ extra omnem controverſiam eſt, ſtatim ampliat Tr. ut obtineat, etiamſi res non extet, in quam factæ ſunt. Verum hæc ampliatio, per textus citatos minimè probatur: nõ per *l.* 5. *C. de rei vind.* quoniã ubi de deductione expenſarum quæritur, in dubio præſumitur extare rem, in quam factæ ſunt: non etiam per 8. *de pignor. act.* quoniam longe alia ratio eſt eius, qui cauſam à domino non habens, ſuo nomine in rem, quã iniuria tenet, impenſas facit, & eius qui in rem impendit quam, à domino ex cauſa contractus in ſe translatam penes ſe habet, ita ut impenſas omnes vel ex neceſſitate conventionis, vel nomine domini facere intelligatur: nec niſi ineptè & abſurdè, ab hoc ad illum inferri poteſt. Et ideo nihil probat *l.* 4. *de impenſ. in rem dot. fact.* quia tractat de marito qui hoc ipſo nomine tenetur, niſi impenſas fecerit in rem *d. l. 4. in pr.* in qua conſtante matrimonio pleniſſimum jus

habet.

habet. Et magis igitur est, ut Tr. sententia falsa sit, quoniam cessat ratio unica, quæ facit ut etiam in persona prædonis habeatur ratio impensarum *l.38. de petit. hered.* ne videlicet alter cum ipsius damno fiat locupletior, ut proinde jure recuset præstare impensas petitor, quas improbè recusaret si rem per necessarias impensas conservatam consequeretur. Et tantum non expresse refutatur Tr. *ex d. l. plane. 38. de petit. hered.* ubi differentiam hanc proponit JCtus inter bonæ & malæ fidei possessorem, quod hic tum demum consequatur impensas si res extet & melior sit: & cum JCtus in pr. de impensis necessariis & utilibus loquatur, quod in f. dicitur, non potest restringi ad impensas utiles. Et facit, quod ipse Tr. in persona bonæ fidei possessoris lit. C. tantum videtur admittere deductionem impensarum, quatenus res melior est. Notandum hic autem quæstioni huic in vindicatione speciali minus commodè esse locum, nisi fortè fundum aliquem cum pertinentiis vindicari proponas: præcipuè autem pertinet ad vindicationem universalem hereditatis *arg. d. l. 38.* ubi ita JCtus distinguit, an res extet nec ne: ut tanto magis falsum sit, quod Tr. malæ fidei possessori necessariarum impensarum in rem quæ non extat, factarum, deductionem concedit in vindicatione singulari, in qua tamen durius agitur cum possessore, ut notatum est, supra *part. 1. disp. 14. th. ult. lit. E.*

Vel tolli nequeant.] Altera hæc ampliatio est, quod malæ fidei possessor deducat necessarias impensas, etiamsi eius conditionis sint ut nequeant tolli. Quam veram esse existimo, quia satis est rem esse conservatam, quæ aliâs periisset, ut proinde impensas quę partem rei quodammodo constituunt improbè qui rem petit, præstare recuset. Neque obstat *l. 1. C. de infant. expos. l. 13. de condict. furtiva*, quoniam omninò contra quam putat *Ant. Fab. 2. coniect. 1. in f.* verior est prima Accurs. solutio, speciale esse in fure qui in perpetua mora cum sit, & perpetua contrectatione quotidie furtum facere intelligatur *l. 67. §. 2. de furt.* non tantum tenetur quanti res fuit quo primitus subrepta fuit, sed quanti est tempore quo instituitur actio furti. Neq; aliud dixerim in raptore aut violento invasore, de quo non agitur *in l. 5. C. de rei vind.* quoniam non quivis qui rem iniuria occupatam tenet, protinus raptor aut spoliator, ideoque nec protinus cum fure comparandus est.

Nisi dominus rei denuntiaverit.] Limitatio hæc est propositionis

præmiſſæ: quod malæ fidei poſſeſſor nullum jus habeat deducendi impenſas etiam neceſſarias, ſi dominus ne faceret, ei denuntiaverit. Verum hæc limitatio dubia & penè falſa videtur: vel quia cū nemo ſuam rem perire velit, denuntiatio reſtringenda eſt ad impenſas utiles, vel ea ita accipienda eſt, quod putaverit dominus citra impenſas rem ſalvam manſuram fuiſſe, cujus cōtrarium ſi probet poſſeſſor, meritò audiri debet: vel quia dominus poſtea petēdo rem, quæ citra impenſas illas peritura fuiſſet, ſatis hoc ipſo factū poſſeſſoris approbare & à denuntiatione priori diſcedere videtur.

Fit autem deductio.] Explicat quomodo deductio fiat, quia per deductionem impenſas à malæ fidei poſſeſſore ſervari dixerat. Nimirum deductio fit retentione rei donec impenſæ præſtentur: retentio autem fit oppoſita exceptione doli, quod dolo faciat, qui rem ſibi reſtitui, nec tamen expenſas has præſtare velit. Unde perſpicuum eſt, quod etiam malæ fidei poſſeſſori exceptio doli detur, in quo manifeſto lapſum eſſe Anton. Fabr. oſtendimus ſupra *part.* 1.*diſput.* 4.*theſ.*19.*lit.C.* qua eâd. theſ. lit. A. explicavimus *ex l.* 48 .*de rei vindicat.* verba iſta, *exceptione doli oppoſita per officium iudicis.*

Imò negotiorum geſtorum actione utili.] Propter neceſſarias impenſas non tantum poſſidenti exceptionem, ſed etiam non poſſidenti, utcunque mala fide factæ ſint, actionem utilem negotiorum geſtorum concedit Treutl. Ubi licet mirari judicium eius, qui lit. C. ei qui bona fide impenſas fecit nec rem poſſidet, non obſcurè omnem prò impenſis actionem negat. Nec quicquam ad rem faciunt textos quos citatus Gœdd. *in l.*79.*de V. S.* adducit, qui omnes loquuntur de caſu quo impenſas faciens ex contractu & ab ipſo domino rem accepit, quem vel actione contraria, vel negotiorum geſtorum, convenire poteſt: atquin malæ fidei poſſeſſor nec cauſam à domino habet, nec domini contemplatione impenſas feciſſe dici poteſt. Et fruſtra quis adduxerit pro Treutl. *l.* 5. *Cod. de rei vindic. malæ fidei poſſeſſores non eorum negotium gerentes*: quoniam hæc verba non adiiciuntur diſtinctionis, ſed explicationis gratia: niſi quis in genere omnes illos abuſivè malæ fidei poſſeſſores appellare velit, qui rem alienam eſſe ſciunt, & qui ſiquidem cauſam à domino habeāt, dubio procul expenſarum nomine actionē exercere poſſunt. Et æquitas illa cuius mentio *in l.*38.*de petit. hered.* ne alter cū alterius damno locupletior fiat,

potens

potens quidem ſatis eſt ad producendam exceptionem, ſed non ad dandam actionem, deficiente quippe cauſa & fundamento, in quo actio radicetur, ut oſtendimus ſupr. *part.* 1. *diſputat.* 14. *th.* 19. *lit. D.* ubi etiam reſpondimus ad aliam obiectionem quæ ſumitur *ex d. l.* 5. *Cod. de rei vindic.* ibi, *nullam habeant repetitionem.* Illud obiter addo, inſubtiliter dici à Treutl. quod deductio fiat per actionem, ſive actione: quia deductio dicitur fieri à poſſidente, qui iure retentionis exceptione poſita, dum non niſi ſolutis impenſis ad rem reſtituendam ſe teneri adfirmat, quaſi ex re ipſa impenſas illas deducere videtur.

Vtiles tollit.] Minus eſt tollere quam deducere: quoniam hoc eſt exceptionis iure & tamdiu retinere rem, donec impenſarum æſtimatio præſtetur: illud autem non tribuit jus retinendi ac excipiendi, ſed tantum quod impenſum eſt, re ipſa ſalva, auferendi: quod ſcilicet ius tantùm in utilibus impenſis malæ fidei poſſeſſori tribuit Tr. cui ſententiæ perſpicuè ſatis obſtare videtur *d. l.* 38. *de petit, hæred.* ex qua probatur, quod etiam pro impenſis utilibus malæ fidei poſſeſſori exceptio doli detur: & reſponſionem Anton. Fabr. ad eum locum jam paulo ante cit. loc. refutavimus. Dd. vulgo inter vindicationem univerſalem hereditatis, & vindicationem ſpecialem diſtinguunt: & ad illam referunt *d. l.* 38. quoniam in iudicio illo univerſali mitius etiam cum malæ fidei poſſeſſore agatur: cuius rei rationes reddidimus *d. diſput.* 14. *theſ.* 19. *lit. E.* ad hanc autem referunt *l.* 5. *Codic. de rei vindic. l. Iulianus.* 37. *Digeſt. eod.* quibus tantum ius tollendi impenſas conceditur: & quibus locis non obſtat quod indiſtinctè dicitur *in l.* 7. §. 12. *hoc tit.* §. *ex diverſo.* 31. *verſ. certè Inſtitut. eod.* malæ fidei poſſeſſori poſſe obiici culpam, quod temere impenſas fecerit in alieno: quoniam illis verbis excluditur exceptio, quæ in verſ. præced. bonæ fidei poſſeſſori proponitur, non autem ius auferendi impenſas: quamvis alii *d.* §. 12. *& d.* §. 31. ad ſummum ius referunt. Cum autem Treutl. diſtinctionem communem inter actionem univerſalem & ſingularem, improbet, ei quoque ad diſtinctionem ſtricti iuris & æquitatis confugiendum erit, aut neſcio quid ad *d. l.* 38. ſolidè reſponderi poſſit. Equidem dixerit quis fortaſſis, exceptionem doli, quæ *in d. l.* 38. proponitur, obiici poſſe non tantum ad eum effectum, ſed impenſarum æſtimatio præſtetur, ſed etiam, ut quod

impenſum eſt tollere liceat, quæ ſententia in terminis traditur à *Donell.4.comm.33.inf.* Sed hæc opinio vix ſapiet ei qui rectè attendat & intelligat naturam exceptionis, quæ in hoc poſita eſt, ut excludat condemnationem, ita ut ne cogatur opponens reſtituere rem, antequam pro impenſis ſibi ſatisfiat: ſed ubi ſaltem tollendi jus eſt, nihil re vera habet quod excipiat reus, ſed ſuo quodam jure ſalva repetita, quod impendit, auferre poteſt. Et verò quod hic non dicatur exceptione doli ſe defendere, probatur 1. *ex l. Julianus 37. de rei vind.* ubi JCtus directo negat exceptionem doli, & ſaltem facultatem tollendi concedit. 2. *ex l. utiles. 39. de petit. hered.* ubi negatur prædoni exceptio doli pro voluptuariis impenſis, & ſaltem poteſtas ei fit tollendorum eorum quæ ſine diſpendio & detrimento rei tolli poſſunt.

Idem in voluptariis.] Videri poſſit non convenire, ut in voluptuariis impenſis & utilibus, quæ diſtinctæ ſpecies ſunt, & diverſam habent rationem, idem jus ſtatuatur. Sed animadverto tamen probabiliter hanc ſententiam defendi & identitatis rationem oſtendi poſſe. Scilicet duo ſunt hic quaſi extrema, quod res eſt conſervata per impenſas, & quod non eſt conſervata. Illo caſu omnimodò impenſas præſtare cogitur petitor: hoc verè caſu ex ſumma ratione juris non cogitur, quoniam impenſæ non faciunt ut rem actor habere poſſet. Sicut autem non habet hic reus, quo actorem ad præſtationem impenſarum urgeat: ita ex adverſo nihil habet actor quod conqueratur, ſi rem ſuam qualis antea fuit conſequatur, neque auditur, ſi cum aliena jactura velit locupletari. Quæ ratio ſummæ æquitatis induxit jus tollendi impenſas, quatenus ſalva re detractio & ſublatio fieri poteſt. Hæc ead. ratio prorſus & æqualiter militat, ſive de impenſis utilibus ſive voluptariis quæratur: cui rationi & hoc accedit, quod impenſæ quæ & quatenus tolli poſſunt, re vera adiunctum rei non ſunt, ſed videntur potius manere ejus qui eas fecit ſicuti ædificium mobile de loco in locum ſolo non cedit *l. 60. h. t.* Et probatur hęc ſententia *ex l. 39. de petit. hered.* quam oppido durè explicat *Gœdd. in l. 79. de V. S.* dum verba quibus poteſtas tollendi conceditur, refert ad remotius, de utilibus impenſis: eſtq; tanto minus ferenda iſta interpretatio, quod nulla eam ſuadet ratio, imò rationi adverſatur, ut etiamſi mala fide quis impenſas fecerit voluptuarias, prorſus eas amittere debeat. Et quam-

quamvis *d.l.* 39. loquatur de vindicatione universali, attamen nulla hic inter eam & singularem ratio diversitatis apparet. Et in summa aut imponenda est necessitas præstandi impensas petitori, aut permittenda facultas tollendi eas reo: ubi mala fide factæ sunt nec res per eas conservata est, & illud imponere petitori, & hoc negare reo iniquum existimatum fuit: neq; rationis est ut tertium admittamus, ut videlicet impensas amittat reus: quæ sententia non nisi ex præsumtione donationis defendi posset, cui præsumtioni facile locum non damus, aut etiam in exceptionibus utilibus eam admittere necesse haberemus. Et satis indulgetur petitori dupliciter, tum quod æstimationem impensarum præstare non cogitur, tum quod hactenus saltem facultas tollendi conceditur Actori, quod citra detrimentum ipsius rei fiat.

Tandem Colophonis loco ad lit. B. obiter notamus. 1. quod cum initio lit. proponat casum quo qui impensas fecit ædificium possidet, de casu non possidentis hic tractandum non videbatur. 2. ex eo quod actionem concedit, licet non possederit, colligitur existimare Tr. quod facilius negotiorum gestorum actio detur ei, qui impendit possidens: cuius contrarium verius videri possit, ut facilius præsumatur animus gerendi negotia in non possidente, quippe quod possidens nomine potius proprio impendisse intelligatur: nisi eiusmodi factum proponatur, quod nomine alieno gestum præsumi non possit, *arg. l.* 27. §. *si olivam*, 25. *ad L. Aquil.* Rectius autem legeretur apud Tr. *licet non poßideat*: ut scilicet intelligat eum qui amisit possessionem, in qua cum esset impensas fecit. 3. istud quoq; non satis bene se habere videtur, quod cum in pr. lit. B. proponat casum ædificii, quod alieno solo impositum fuit, tractatio autem & distinctio subiecta magis ad eum casum, quo quis in ædificium alienum antea extructum impendit, pertinere videtur: vel hoc argumento, quod cum præcipua pars distinctionis sit occupata circa impensas necessarias, utiq; impensæ quæ in novas ædes areæ alienæ impositas factæ sunt, utilium impensarum speciem constituunt.

LIT. C.

Non etiam ignoranter.] Jam supra notavimus errorem & inadvertentiam Tr. qui ita loqitur, ac si bona fide impositũ ædificium

non cederet solo: & ita confundit casum ædificii stantis & dissoluti, quo certum est eum qui bona fide impensas fecit, si possidente domino dissolutum fuerit ædificium, materiam posse vindicare: quippe cum prorsus hic cesset præsumtio donandi quæ obstare videtur ei, qui mala fide impendit, ut dictum est lit. præced.

Stante verò.] Nimirum etiam in bonæ fidei possessore distinguitur, an possideat nec ne: ut hoc casu nec pro necessariis quidem impensis habeat actionem, de quo actum supra *part.* 1. *disp.* 14. *thes.* 19. *lit.D.* Ubi autem possidet, (Treut. malè ait, si possederit) distinguitur secundum species impensarum: ita ut non tantum necessarias sed etiam utiles impensas deducat, id est exceptione posita consequatur, ne prius quam ipsi impensæ præstitæ sint, rem restituere teneatur. Neque movere debet, quod paulo ante disputavimus non esse æquum, ut petitori imponatur necessitas præstandi impensas, per quas res conservata non est, sed sufficere si tollendi facultas reo fiat. Etenim in tota hac disputatione certa regula tradi non potest, sed res æquitate temperanda est, & ex circumstantiis utriusque an possessoris an petitoris jus potius esse debeat, statuendum: & bona fides possessoris non patitur illum morari in damno. Et tamen illa ipsa ratio quam paulo ante attulimus, efficit, ut non simpliciter, neque semper exceptione posita æstimationem impensarum possessor consequatur, per textum elegantem *in l. in fundo.* 38. *de rei vindicat.* ubi tres præcipuè circumstantiæ considerandæ proponuntur. 1. quantitas & qualitas impensarum. 2. qualitas domini, qui si pauperior sit, non nisi jus tollendi bonæ fidei possessori permittitur. 3. quod dominus fortassis rem sit venditurus.

In quantum res locupletior est facta.] Hoc si ad necessarias impensas referatur, contradicet sibi Treutl. lit. præced. ubi malæ fidei possessori permisit deductionem necessariarum impensarum, etiamsi res in quam factæ sunt, non extent: quod adeo multo magis bonæ fidei possessori tribuendum erit, accedente textu *in l.* 38. *de petit. hered.* In utilibus autem vera est Treutl. propositio, quoniam duo sunt quæ utiles impensas in hac materia constituũt, tum ut revera res melior fiat, tum ut melioratio duret: quæ utilium impensarum definitio est *l. impensæ.* 79. *de Verb. Sig. l. quod dicitur.* 5. §. *ult. de impens. in res dotal. Boer. decis.* 44. *num.* 6. & ut melioratio spectetur

tur tempore restitutionis faciendæ *Menochius de arbitrar. cas.* 258. *n.* 51. *& remed.* 15. *recuper. poss. n.* 557. ubi hoc pro regula solida à Dd. tradi testatur.

Atque ita marito.] Infert quodammodo Tr. quod eod. modo sit marito ab uxore præstanda impensa fundo pretiosiore facto. Atquin inepta hæc illatio & comparatio est mariti cum alio bonæ fidei possessore, qui sine consensu domini rem tenet, cui ut impēsæ præstentur, longè minor ratio est, quam marito, qui ex contractu & iusta causa ab ipso domino rem accepit, in quam etiam impensas facere tenetur *l.* 4. *de impens. in res dotal.* Sed nimirum Tr. captavit occasionem proponendi hic pugnam, quæ est inter *l. ult. de fund. dotal. & l.* 7. §. *si vir.* 12. *sol. matrim.* ubi tamen illa quoque verba: *fundo fructuosiore facto*, non rectè se habent, & vel ambigua sunt, vel tantum ad impensas utiles sunt referenda, quoniam necessarias consequitur maritus, utcunque res perierit *d. l.* 4. *de impens. in res dotal.* Sed de ipsa pugna paucis videamus, *& in l. ulti. de fund. dotal.* ubi vir lapidicinas marmoreas in fundo dotali aperuit, respondetur marmor quidem viri esse, sed nihil ei impensarum nomine ab uxore esse præstandum, quoniam fundus non fructuosior sed potius deterior esset effectus. Contra *in l.* 7. §. 12. *sol. matrimon.* idem proponitur, marmor esse mariti, nec impensam ei esse præstandam, & tamen fundum fructuosiorem esse factum traditur: &, quod ex limitatione utrobique subiuncta apparet, tractatur hic casus, ubi marmor cæsum non renascitur. Et hanc pugnam *Cuiac. lib.* 15. *obs. c.* 21. ita inducit quod cum marmor eo casu in fructu non sit *d.* §. 12. non potest fundus fructuosior dici factus: & porrò si fructuosior fundus factus esset, impensæ utiq; marito essent restituendæ *per d. l. ult. de fund. dot.* quod tamen *in d. l.* 7. §. 12. negat Ulp. Quin amplius *Hottom. lib.* 1. *amicab. resp. cap.* 13. hæc inter se apertissimè pugnare ait, fundum fructuosiorem factum esse, & tamen marmor cæsum in fructu non esse: ubi etiam alteram iam relatam contradictionem notat, fundum factum fructuosiorem, & tamen impensas non esse præstandas. Alium scrupulum movet *Ant. Fab.* 1. *coniect.* 8. quod cum marmor negetur esse in fructu, non possit ad maritū pertinere, qui tantum fructus rei dotalis consequitur. Hæc res triplicē peperit textus emendationem. 1. Cuiac. qui in d. §. 12. legit, *nec fundū fructuosiorē fecerit.* 2. Hott. qui ex eod. §. 12. verba illa

& fun-

& fundum fructuosiorem fecerit, tanquam à Tribon. adiecta, expungenda esse contendit. Verum tolerabilior est Cujacii emendatio, siquidem hoc violento remedio uti necessum sit. 3. Ant. Fabr. qui in *d.* § .12. ita legi vult, *marmor non est mariti, & impensa est ei præstanda*. Cui emendationi duo obstant. 1. quod statim subiicitur, quia nec in fructu est marmor: quę ratio rectè se habet iuxta lectionem vulgatam negativam, sed inepta est stante lectione Fabri: siquidem hoc regulare est, ut impensæ factæ in utilitatem fundi dotalis, & in eas res quæ in fructu sunt, marito sint præstandæ. Deinde confutatur *ex l. ult. de fund. dotal.* ubi cum proponatur fundus deterior factus, marmor tamen mariti esse respondetur. Nec ullius momenti est obiectio Anton. Fab. quoniam ut maximè eiusmodi marmor quod non renascitur, re vera in fructu non sit, fructuum tamen naturam & conditionem quoad jus mariti, imitatur, cum utiq; ex fundo enascatur, neq; certa ratione aut titulo illud uxor sibi vindicare possit: ut proinde fallacia sit homonymiæ in verbis, *pro fructu haberi, & in fructu esse*: ex quo obiectioni Hottom. satisfieri potest. Nec abs re est quod etiam *Robert. notat. 1. recept. lect. 10. & lib. 1. animadvers. 23.* homonymiam esse in verbo, *fructuosus*, & fructuosum fundum esse factum dupliciter dici existimat: magis propriè, cum ex se & corpore suo fructus subnascentes producit: minus propriè, ubi commodum saltem temporarium est. Atque hoc modo fundum verè & propriè locupletiorem & fructuosiorē factum dici si apertis lapidicinis marmor renascatur: quo casu etiam impensæ marito præstandæ sunt *l. ult. in f. pr. de fund. dot.* dici tamen etiam fundum fructuosiorem, si marmor non renascatur, sed nihilominus tamen hæc sit eius copia, ut ex eo cæso & divendito plus commodi & pretii percipi possit, quam ex fructibus, quos aliâs fundus produxisset. Etenim hac quoque ratione fundus fructuosior effectus dicetur, licet *ut in d. § si vir*, subiicitur, marmor in fructu non sit, eoq; nec impensa marito præstetur, sed cum illa compensetur, quod marmoris exportatum est: quod scilcet hæc utilitas non in perpetuum, sed tantum ad tempus duret, & interim fundum ipsum quadantenus lædat, quatenus aliorum fructuum productio eo tempore impeditur: à quibus non longè abit *Gœdd. ad l. 77. de V. S. n. 8. & 9.* Illud tamen hic scrupulum movet, quod cum in sæpe *d. l. 7. § si vir*, agatur de casu facti divortii, non appareat

reat quomodo fructuosior possit dici fundus factus: & nullo utiq; modo respectu uxoris, de qua an impensas præstare debeat, ibid. tractatur. Et hoc sanè Cuiac. Cujus emendatio probabilior est, rectè animadvertit *ex l.ult.de fund.dot.* ubi fundus deterior potius factus dicitur: nisi quis existimet JCtum *in d.§.si vir*, considerasse fundum per se & utilitatem illam, quæ ex marmore cæso provenit, & respectu habito ad illud tempus quo lapidicinæ apertæ fuerunt: vel etiam fingat, non omne marmor quod in fundo apparuit, à marito exportatum fuisse, sed aliquid superesse, ex quo uxor commodum etiam percipere possit: quod aliâs non tantum impensæ viderentur negandæ marito, sed etiam hic præstare teneretur uxori, quanti fundus deterior factus esset. Porrò explicatio *Pacij 5. Antom. 63.* nullius est momenti, qui ideo non præstari impensas tradit *in d.§.si vir.* quod maritus non animi faciendi fundum fructuosiorem, sed captandi lucrum proprium, aperuerit lapidicinas: quod & per se divinatorium est, & rem ipsam potius quam intentionem mariti hic spectari oportet. Tr. autem suavis est, qui omnium aliorũ opiniones reprobat, nec quid ipse sentiat vel directò vel relative exponit.

Ob impensas necessarias.] Ait Tr. quod propter impensas necessarias à marito factas dos ipso jure minuatur per retentionem, si fundus vel aliud corpus in dotem sit datum. Hoc quidem ab ista tractatione alienum est, & ipsa quoq; hæc propositio, *ipso iure per retentionem minui dotem*, incongrua & cujusdam contradictionis implicatoria videtur. Verba quidem, *ipso iure* variè usurpantur, ut notatum supra *part.1.disput.25.th.7.* verum si ista quoq; significatio admittatur, etiam quævis res aut actio in rem per impensas à possessore factas, quin imò omnis actio, cui exceptio & retentio opponi potest, ipso jure minueretur: quod rationi juris nostri non convenit, sed ea demum actio & tum ipso iure minui dicitur, ubi minus in iudicium est deducendum: licet Justin. contra statuisse videatur *in l. ult. C. de compensat.* de cuius constitutionis sententia actum est *d.disp.25.th.7.* Et ideò dum JCtus *in l.si is.56.§.3.de iur. dot.* quam Tr. hic pro se adducit eo casu quo fundus petitur exceptioni tantum & retentioni locum esse ait, re ipsa & effectu negare videtur, quod regula initio §. proposita, quod necessariæ impensæ ipso jure dotem minuant, eo casu, ubi corpus in dotem datum est, locum sibi vindicare possit: nisi tanti sint impensæ, quanti ipsum corpus est, in

quib.terminis ad hunc quoq; casum regula ista applicari queat. Et igitur verba ad *d.§.3.l.56.de iure dotium* commodè explicanda & applicanda sunt: licet *Bart.in l.5.in pr.de impens.in res dotales.* Scævolam qui à Paulo citatur *in d.§.3.& Vlpian.in d.l.5.* omninò sibi contradicere existimet.

Iure etiam Saxon.] Ait Treut. quod jure Saxon. colonus vel qui prædium pignoris loco habet, ædificia quæ pro utilitate prædii extruxit, auferre possit, nisi dominus præstet æstimationem. Et hæc quoque tractatio hinc aliena est, quod præsertim colonus & creditor rem ex contractu & ab ipso domino habent. Non rectè etiam de ædificiis hoc proponit, quoniam quæstio est generalis, ad omnes impensas pertinens. Cæterum ita hic ius est, ut creditor, colonus, vel alii ius à domino habentes, veluti maritus, fructuarius, vasallus, emphyteuta, quin & commodatarius, non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas facere, & ubi res restituenda est domino reputare possint, sed sub his conditionibus. 1. si faciant eas bona fide, 2. si faciant ad commodiorum rei usum qui penes eos est, 3. si faciant impensas moderatas, non nimis magnas, quæ onerare possint dominum, & adeò præsumi factæ in fraudem, ut postea dominus invitus re sua carere & eam possidenti relinquere necesse habeat: & in summa ut sint eiusmodi impensæ, quas quisq; bonus paterfam. in re sua faceret. Quæ omnia & singula his textibus & autoritatibus probantur & confirmantur: & quod sint præstandæ meliorationes, docent *Ant.Peregrin.de fideicomm. art.50.n.29.& seqq. Angel.Faber.& alij in §.ex diverso Inst.h.t.Bart. & vulgo Dd.in l. in fundo. 38.rei vindic.Menoch.cent.3.cas.258.num.52.& idem remed.15.recuper.poss. num.517.gl.& Dd.in l.2. Cod.de rei vind.Gœdd.in l.impenso.79.§.1.de V.S. n.6.* eamq; opinionem certam esse testatur *Decius cons.518.* ita quidem ut donec præstentur impensæ, res retineri possit, ut tractant *Moller.ad part.2.constit.Saxon.32.n.29.* & idem *lib.1.semestr.c.30. Francisc.Vivius decis.317.n.11.Decian.respons.18.in f.& resp.29.n.5. & 19.vol. 2.Barbosa ad l. divortio.sol.matrim.§.fin.part.2.n.29.* quibus adde *Surdum cons.115.n.13.Molin.in consuetud.Paris. editionis novæ.tit.1.§.1.gl.5. num.85.Iohann.de Castillo de usufruct.cap.56.num.4.Iohan. Garz. d. expens.cap.14.n.11.& 14.& cap.12.n.85.Vincent.Carot.de locat.part.3.tit. de expens.n.1.& seqq.Clar.§.feudum quæst.88.Bald.in Auth.excipitur. C. de bon.quæ liber.n.2.Boer.decis.44.Andr.Gail.lib.2.obs.12.* apud quos auto-

autores plenius materia impensarum tractatur. Qualitas autem illa quam dixi probatur *ex l.38.de rei vind.l.7.C.de usufr.l.hactenus, aliâs l. usufructu 7.D.eod.l. æquissimum.§.si tamen eod.*ibi, *quæ non potest sustinere proprietarius l.si servos.25.de pignor action.* ibi, *ut gravis sit debitori ad recuperandum l. impensæ.79.§.utiles.de Verbor.Signif.* ibi, *onerari mulierem non oportet.l.utilium.8 de impens.in res dotal.* ibi, *si aliunde solvere non potest Garz.de impens. cap.1.Peregrin.de fideicommiss.artic.50.n.33. Andr. Gail.d.libr.2.observ.17.* Maximè autem sunt præstandæ impensæ, si dominus aliâs rem venditurus esset *l.29. & l.38.de rei vindic. Barbos. in d.l.divortio solut.matrim.§.final.part.1.num.* 67. Extra quas circumstantias nihil aliud permittitur reo convento, nisi ut impensas, quatenus sine detrimento rei fieri potest, tollat. Neq; existimo hac in re discrepare jus Saxon.ut putat. Tr. post *Zobel. 2. differ. 63.* etenim quod ibi tradit jure Saxon. permitti tollere impensas si dominus non præstet æstimationem, etiam juri civili convenit: neque putaverim hanc esse sententiam juris Saxon. solam tollendi facultatem, non etiam deductionem concedi: sicut & illud falsum est, quod ibid. Zobel. ait. jure civili prorsus ædificium tolli non posse: & idem in eo offendit, quod existimare videtur, plus esse tollere, quam petere æstimatione. Planè ut possessor æstimationem recuset accipere, & per malitiam impensas tollat, nullo jure licitum esse existimo.

Lit. D. E. & F.

Implantatio.] De hoc diximus th. præced. ubi de naturali accessione, quoniam non sola implantatione mutatur dominiũ, sed ubi planta coaluit cum terra & egit radices: secundum quod accipiendum est quod lit.E.ait Tr. omninò amitti plantam. Est autem hic idem fere jus quoad æstimationem plantæ, quod de æstimatione impensarum paulo ante traditum est, ut quis pretium plantæ suæ, quam in alieno posuit per retentionem consequi, aut si mala fide fecerit tollere saltem possit, ut rectissimè docet *VVesenbec. in §.si Titius Instit.h.num.* 8. malè autem dissentit *Donell. 4.comment 34.inf.* quem malè sequitur Tr. quoniã nulla differentiæ ratio inter plantã & aliud solo alieno impositũ aut inædificatũ, reddi potest. Quod porrò cit.lit.D.*Reinh.part.6.diff.12.*tradit, quod rami arboris quos ex vicino in fundũ meũ porrigit, mei efficiãtur, ei

Hh 2

implantatio

contradicit *Fachs.differ.*14.ubi tradit jure Saxon. hoc non probari, sed tantum quod fructus qui ex ramis illis decidunt, mei fiant: quamvis per consequentiam quandam illud inde extrui posse videatur.

Quod lit.F.ait, dissentire Hottom. 1.*obs*.10.*& 5.obser*.14.non pertinet ad casum arboris in confinio tantum positæ, sed simpliciter, arboris, quæ in vicinum fundum radices egit, an propterea dominium communicetur aut amittatur, de quo actum est *thes.prac. liter.D.*

LIT. K.

Quæ traduntur *lit.G.H.I.* de satione scriptura & intextura, satis ex se perspicua sunt, & ex hactenus dictis declarata: superest hac lit.K.tractatio de pictura, quam tabulæ cedere affirmat Paulus *in l.23.§.3.de rei vindic.* sed contra placuisse ut tabula picturæ cederet, respondet *Caius l.9.§.2.h t.* cuius sententiam confirmat *Iustin. in §.si quis 35.Inst.eod.* Sed Treut. hanc contrarietatem negat, & tamen non exponit quam conciliandi rationẽ probet ex tribus illis quos citat autoribus, Gœdd. Donell. & Pacio petitam, qui non tantum diverso modo hoc explicant, sed etiam Donell. re vera antinomiã agnoscit. Paucis conciliationes autorũ iam dictorũ, & aliorũ etiam proponamus: & prima est Gœd. *in l.14.de V.S.* qui contra mentẽ & verba Paulũ explicat de scriptura in pugillarib. cereis, de qua tamẽ an cederet subjecto, nullus unquam JCtus dubitasse videtur, neq; pretiũ picturæ, cuius ibid. mentionem facit Paulus, hic attendi potest. Neq; magis probandum, quod contra *d.l.23.& d.l.9.h.t.& §.35. Inst.eod.* idem Gœdd. picturam refert ad specificationem, quod præsertim nulla planè hic interveniat mutatio rei. Secunda conciliatio est *Pacij 3.Antinom.43.* quem sequitur *Nicolaus de passer. in conciliat. suo:* quod scilicet Paulus *in d.l.23.in vers. licet.* corrigat opinionem præcedentem, & rectè quosdam de pictura contrasensisse existimat: neq; obstare ait *vers. seq. sed necesse, &c.* quo hoc significari arbitratur, quod non obstante exceptione illa de scriptura, regula illa in aliis casibus maneat salva. Verum ineptitudo huius conciliationis cuivis intuenti facilè apparet, tum quia ineptè aut frigidè illud moneret Paulus, quod exceptio non evertat regulam, tum quia versiulle ad exprimendum, quem Pacius vult, sensum, omninò est

ineptus.

ineptus. Et perſpicuum eſt, quænam Pauli eo loci ſit ſententia, qui initio regulam conſtituit, meum eſſe quod in charta mea ſcribitur vel in tabula mea pingitur: deinde quorundam opinionem depictura, quam *in d. verſ. ſed neceſſe eſt*, removet propter rationem naturalem ſubiecti trahentis ad ſe adiunctum, quæ ratio ex ſententia Pauli alteri antepollet. Et hæc tamen conciliatio in effectu, antea fuit Forcatuli qui in *Cupidine cap.* 12. ſententiam aliorum *in d. l.* 23. à Paulo non improbari, ſed probari exiſtimat. Tertia conciliatio proponitur *à gl. in §. ſi quis* 35. *Inſt. h. t.* quam nec improbat Forcatul. cit. loc. ut diſtinguatur inter picturam vilem & pretioſam. Verum textus loquuntur indiſtinctè, & hoc modo ſemper verſaremur in incerto, & ratio, qua utuntur Juſtin. & Caius, non eſt à pretio colorum aut materiæ, ſed à pretio artis. Ex quo removetur quorundam obiectio, quod ſi attendatur pretium, ſcripturæ quoque aureæ charta cedere deberet: etenim ut dixi conſideravit Juſtin. potius pretium & præſtantiam artis quæ & à Græcis & Romanis in honore habita fuit, & in qua Ariſt. *l.* 8. *Polit.* pueros in republ. ſua vult erudiri. Quarta conciliatio à Nicolao de Paſſer. refertur ex Monticulo, ut interſit an pictor fuerit in bona fide, an mala fide, & dominus tabulam poſſederit. Verum autores juris noſtri aliis rationibus utuntur, & in hac acquirendi materia non videtur attendi bona vel mala fides, *per §. ſi tamen.* 27. *Inſt. h. t.* licet multum interſit quoad actionem eiuſq; qualitatem, qua qui dominium ex mero jure gent. acquiſivit, à priſtino domino conveniatur: neq; quod ait Paulus, ſtatim meum fieri, efficit, ut tabulam propterea in manibus domini fuiſſe dicamus, ſed quod ipſi propter dominium acquiſitũ vindicatio tabulæ cũ ipſa pictura detur. Illa verò quæ ab Angelo *in §.* 35. *Inſt. h. t.* refertur diſtinctio, an pictura impoſita ſit rei mobili, an immobili perſpicuè inepta, & in textib. contrariis non niſi de tabula tractatur. Nihil itaq; ſupereſt, niſi ut JCtos inter ſe diſſenſiſſe ſtatuamus: quod & Alber. Gent. qui aliâs omnia ferè conciliari poſſe putat, agnoſcit 4. *lect.* 8. agnovit & olim Azo relatus *à gl. in §. ſi quis.* 35. *Inſt. h. tit.* neque aliud ſentit *Marc. Lyclam.* 1. *membran.* 15. ubi tamen opinionis errore, Paulum & Caium non contraria ſed diverſa tantum ſcripſiſſe, & à ſe loca illa conciliata exiſtimat. Eadem effectu opinio eſt male citati *Donell.* 4. *com-*

ment.36.ubi revera diſſenſiſſe Caium & Paulum exiſtimat, ſed monente Juſtin.remotis JCtorum nominibus quærendam eſſe putat conciliationem, quam inde deſumit, quod Juſt.ipſe in d. §. domino tabularum nihilominus actionem utilem in rem cõcedit, quippe pro quo eſt ratio acquirendi naturalis, quæ etiam efficere videtur ut pictor nõ niſi bona fide pinxerit, dominus tabulæ efficiatur, *arg.d.§.ſi quis.35.inf.*(qua aliàs diſtinctione in modis acquirendi naturalibus non uti ſolemus) niſi tamen fortè verius eſt, *in d.§.23. inf.* non fieri mentionem bonæ fidei, intuitu acquiſitionis dominii, ſed actionis furti de qua ibi tractatur. Et hæc igitur erit conciliandi ratio, ut non obſtante dominio pictoris, dominus & ipſe tabulæ adhuc eſſe intelligatur, hactenus ſaltem, ut utilem rei vindicationem habeat: eaq; iam olim fuit diſtinctio & conciliatio *Bart. in l.9.§.2 h.t.* inter dominium directum & utile, quoniam utilis in rem actio quoddam dominium arguit: neq; abſurdum eſt aliquando hic in duorum perſona actionem directam & utilem concurrere, velut in ſpecie *l.5.§.3.de rei vind. & l.9.§.2.de dam.infect.* ut duo quaſi domini videantur, quod ratio mera & ſimplex acquirendi non poſſit planè extinguere priſtinum dominium propter cujus quaſi veſtigia & reliquias actio utilis in rem concedatur, quæ præſertim non omninò pura & abſoluta, ſed ut diſputat Donell. cit. loc. quodammodo conditionata eſt, niſi alter pretium offerat: cæterum Paul. *in d.l 23. de rei vind.* procul dubio ita diſſenſit, ut pictori omnem omninò vindicationem negaret, in quo præcipuè pugna iſta conſiſtit.

Ex hoc autem, & quod Juſt.domino tabulæ actionem in rem contra pictorem concedit, conſequitur falſum eſſe quod Tr. ſubiicit, illum prorſus dominium tabulæ amittere: neq; cum eo conſiſtere poteſt, quod ipſe Tr. tradit, audiri dominum tabulæ, ſi rem petat & pretium pictori offerat, nec porrò quod idem & domino tabulæ & pictori contra tertium poſſeſſorem vindicationem concedit: nec deniq; quod addit, ſi dominus tabulæ petat à pictore tabulam, eum audiri, niſi pretium offerat pictor, & idem in domino tabulæ poſſidente & pictore poſſidente ſtatuit: quoniã ſi hæc comparatio recta eſt, ſequetur audiri pictorem, ſi pretium tabulæ offerat, niſi hic dominus tabulæ pretium offerat picturæ. Quo poſito, quod pictor oblato picturæ pretio removeri poſſit, defendi nõ poterit, quod dominus tabulæ omninò eius amiſerit dominium. Et

tamen

tamen, utcunq; dominium omninò amissum esse non putem, eam tamen comparationem non admiserim stante sententia Justin. secundum quam potior est ratio pictoris, & prævalente civili ratione, picturæ tabula cedit, itaq; vindicando obtinebit pictor, utcunque pretium tabulæ ipsi offeratur.

THESIS VII.

Lit. A. & B.

Specificatio.] Diximus supra, quod res trahat ad se & quasi occupet rem sibi adiunctam natura vel opera humana: & hic vel salva specie de quo hactenus, vel mutata specie, & dicitur specificatio, adeoq; etiam quodammodo sub occupationem referri potest, excepto eo casu, quo quis ex aliena materia tantũ speciem facit. Huic autem specificationi opponit Tr. casum, cum tantum forma externa mutatur, quo scilicet res prioris domini maneat. Ubi duo notanda 1. quod non benè quadrat exemplum frumenti excussi ex spicis, in quo nihil prorsus mutatur, ideoq; merito prioris domini manet, ut rectè *Caius in l. 7. §. cum quis. 7. vers. videntur. h. t.* ex quo loco supplendus est *§. cum ex alieno 25. Inst. h. t.* aut necessario in advertentia Triboniani arguenda erit, qui hoc exemplum inter alia retulit, cum quibus nihil commune habet, præter hoc, quod granũ ad spicas reverti non potest, quòd ad mutandum dominiũ nullo modo sufficere potest: neq; refutatione dignum est, quod *Lyclam. 3. membran.* 4, Justin. accipit de frumento alieno, quo quis solum propriũ consevit, quasi hoc sit ex alienis spicis frumentum facere. Et nimirum sicut cætera ita hoc quoq; constat descriptum esse à Justin. *ex l. 6. §. 7. h. t.* & cautionem limitationemq; omissam, quam Caius *in vers. videntur,* subjecit. Deinde & hoc notandum, quod siquidem ab effectu æstimamus hanc rem an res prioris domini maneat nec ne, quomodo quidem Tr. specificationem externæ mutationi opponit, specificationem non fore, si speciem ad materiam pristinam reduci possit: (quia & hic res prioris domini manet) quod tamen repugnat traditis à Tr. lit. B. Videtur autem ita hic statuendum, quod specificatio considerari possit dupliciter: vel absolutè & ex ratione jurisg. quæ indistinctè suadere videtur, ut dominium sit specificantis, quod olim statuebant Proculiani: vel nõ absolutè, sed pro qualitate materiæ & formæ distinguatur, & tum demũ speciei dominus efficia-

Specificao.

efficiatur, qui eam fecit, si ad pristinam materiam reduci non possit, cæteroquin ad dominum materiæ pertineat ex ratione *l. quæsitum.* 78. § *illud.* 4. *de legat.* 3. Circa quod tamen membrum ratio suadere videatur ut amplius subdistinguamus, an forma & actus sint remota à potentia & materia, an verò propinqua materiæ & quasi in ipsa materia: quo casu utcunq; res seu species ad pristinam materiā reduci non possit, iniquum tamen videatur ut specificans dominus efficiatur: veluti si quis vinum aut mustum ex uvis meis fecerit: quoniam essentia tota vini est in uvis, ex quibus levi opera exprimitur: quod nō obscurè traditur *in l.* 12. § .3. *ad exhibendum.* Vix enim probandum videtur, quod post alios *Donell.* 4. *comment.* 12. ideò speciale esse ait, quod mala fide vinum ibi expressum fuit. Etenim & ratio generalis est, meum, quod ex meo fit, & in hac tractatione non solet impedire ius adquisitionis mala fides *arg.* §. *si tamen.* 27. *Inst. h. t.* & indistinctè loquuntur *Caius in l.* 7. § . *h. t. & Iustin. in* § . *cum ex aliena.* 25. *Inst. eod.* Neq; verum est quod Donell. eum qui mala fide fecit, alieno nomine videri fecisse affirmat: quia imò mala fides non impedit, quominus quis sibi ipsi & animo sibi habendi possideat, *facit d.* § .27. *Inst. h. t.* Aliud tamen in hoc exemplo placuisse videtur Justin. & Caio citatis loc. qui fortè quam minimum à regula quæ dominium tribuit specificanti, recedere voluerunt, & eo demum casu, ubi ipsa prorsus materia essentiam retineat priorem, veluti in poculis ex auro aut argento confectis.

De navi ex alienis tabulis facta.

Ex his quoque componi solet pugna, quam etiam attingit Donell. 4. *comm.* 12. & Tr. hac lit. B. inter *l.* 26. *in pr. de acquir. rer. dom. & l. Minitius.* 61. *de rei vind.* cui videlicet acquiratur navis ex aliena materia confecta: quod scilicet aut confecta est ex rudi adhuc materia, & fit specificantis, aut ex tabulis iam navi faciendæ destinatis, & est domini tabularū, non obstante, quod alia quædam ad constituendam navem & absolvendam fuerint adiecta: quoniam ut JCtus respondet, totum illud carinæ, tanquam fundamenti, & subiecti, sequitur causam & conditionem. Et frustra hic arguatur *Ant. Fab.* 6. *coniect.* 15. ubi existimat speciale esse in nave, quod scilicet carinæ nulla dum forma aut species sit ideòq; indistinctè eius sit, cuius materia fuit, ad quem porrò cetera superstructa pertineāt. sed non animadvertit, omninò falsum esse, quod carina etiam sola, revera species nova sit, maximè si cum materia ex qua confecta est, conferatur.

Illud

Illud insuper ad hanc lit. B. notandum, quod quatuor illi modi, quibus Tr. specificationem fieri ait, non satis exprimuntur, & male opponuntur: quoniam utroque casu, sive res diversi sive eiusdem generis sint, locum habet, quod præmisit, ut vel tantum ex materia aliena, vel partim aliena partim propria species efficiatur. Et rectius fortassis quis ita distinxerit, quod specificatio fiat ex materiis vel eiusdem generis vel diversi, utrumq; vel ex propria & aliena. Sed & in hoc offendit Tr. quod distinctionem hanc, an species ad pristinam materiam reduci possit nec ne, etiam accommodat ad casum, qua partim ex propria partim ex aliena materia species facta est: quo tamen casu aut necesse est corpus fieri commune, aut specificantis effici: quod posterius magis esse videtur, quoniam utique species nova est, & probatur *ex §. quod si partim. 26. Inst. h. t.* ibi, *cum non solum operam, sed & partem materiæ, &c.*

Amplius in seqq. offendit. Tr. quod simpliciter confusionem refert sub specificationem: vel quia conclusio potest esse sine opera, quæ de essentia est specificationis: vel etiam quia sine specificatione aut novæ speciei constitutione confusio esse potest, veluti si diversæ massæ auri & argenti vel invicem, vel seorsim confundantur. Separanda igitur hæc à specificatione, cum qua non eadem, nec species eius, sed ei affinis est confusio, quæ est materiarum ad diversas dominos pertinentium eiusmodi conjunctio, ut corporibus integris manentibus nova species non existat: & est vel confusio in specie, quando duo corpora rediguntur in unam massam: vel commixtio in specie dicta, cum tantum in unum acervum conjunguntur. Et fit hæc conjunctio, vel voluntate utriusq; domini; & corpus fit commune *l. 5. in prin. de rei vind.* aut facto alterutrius tantum vel etiam casu: & hic in commixtione ita jus est, ut nulla inducatur communio, sed cuiq; vindicatio corporum quæ ipsius fuerunt, detur, habita tamen bonitatis ratione, veluti si frumenta duorum commixta fuerint, & alterum altero melius *§. quod si frumentum. 29. in f. Inst. h. t. juncta l. ubi autem. 75. §. 2. de V. O.* In cõfusione autem ita receptum est, quod aut materiæ deduci possunt, & corpus commune non fit, sed cuiq; corporis sui vindicatio datur *l. 5. §. 1. vers. sed si plumbum de rei vind.* aut deduci non possunt, & hic utcunque casu vel alterutrius facto tantum confusio facta sit, ipsa natura rerum inducit communionem, ideoq; non singula corpora quæ

ante fuerunt, per rei vindicationem, ſed partes pro indiviſo judicio communi divid. ſunt petendæ *arg. d.l. 5. in pr. de rei vind.* Et de hoc genere materiarum, ita ut deduci non poſſint confuſarum accipiendus eſt *verſ. ult. § ſi duorum. 28. Inſt. h.t.* tum ex ratione ante dicta, quod citra voluntatem dominorum confuſis materiis, de quo caſu in d. verſ. ult. tractatur, non poteſt induci communio, ubi materiæ ſeparari poſſunt: tum quod aliâs vitioſa comparatio eſſet confuſionis factæ voluntate utriuſque, & factæ caſu fortuito: quæ comparatio rectè ſe habet in eo materiarum genere quæ non poſſunt ſeparari: quoniam quod illic operatur voluntas dominorum, ut corpus ſit commune, id hic ipſa materiarum natura & conditio operari videtur. Idem autem videtur eſſe, ſive materiæ omninò non poſſint ſeparari, vel poſſint quidem, ſed cum detrimento corporis: ut ſcilicet & hoc caſu corpus commune fieri dicamus: quo referri poteſt quod *Vlp. in d.l. 5. § .2. in f. de rei vind.* æs ab auro ſeparari poſſe negat: cum tamen æs & argentum ſeparari poſſe dicatur *in l. 12. in f. de acquir. rer. dom.* quod peritis eius rei diiudicandum relinquo: & tractant ea de re *Alciat. 6. parerg.* 11. *Hottom. 7. obſerv.* 12. Conſequitur autem ex his, in hoc caſu falſum eſſe quod Tr. ait lit. D. corpus commune eſſe, etiamſi materiæ deduci poſſint.

AD

AD DISPVT. XXI.

De

ADQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Respondente

JOANNE PHILIPPO BOHN LORCHENSI.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

POsseßio.] Verbum hoc 1. est ambiguum, quia aliquando significat rem ipsam possessam & quidem immobilem, *ut in l. pen. de alienat. iud. mutand. caus. l. quæsitum. 12. in pr. de instruct. vel instrum. legat. l. 5. §. item prætor de reb. eor. qui sub tut. l. 3. de var. & extraord. cognit. l. 6. C. de rei vind. l. 2. C. de probat. l. 8. C. de compens. l. 6. C. de præd. minor.* sed & amplius aliquando in specie rem immobilem cujus proprietas apud nos non est, significare videtur, eoque sensu usus appellari *in l. quæstio. 115. de V. S.* quoniam nihil eius rei præter usum ad nos pertinet, velut & in verbo usucapionis, *usus* possessionem denotare videtur, quin imò omnis possessionis strictius sumtæ finis, usum respicit. Hoc autem sensu hoc loco possessionem non usurpari constat. Neq; tantum ambi- Varia Possessionis acceptio.

guum isto modo, sed etiam valdè generale est verbum possessionis, quod ex iis quæ mox de definitione & divisione possessionis dicemus, apparebit.

An Possessio à Sedibus dicta?

A sedum positione.] Editio Florentina ita habet *in l.1.in pr.h.t. possessio appellata est à sedibus, quasi positio:* quam lectionem Holoander quoq; sequutus est, ex qua colligi potest, possessionem esse quasi sedum positionem: quæ lectio procul dubio rectior est quam vulgata, *à pedibus*, siquidem eod. sensu dicimus, adsidere, præsidere, &c. ut tractat *Alciat.1.dispunct.c.1.* ubi etiam notat dictum hoc potius per quandam allusionem, quam per veram & Grammaticam derivationem. Et hanc lectionem Accurs. ignotam non fuisse, ex glossa ipsius apparet, ubi utramq; explicat: verùm ut rectè *Zas. in prin. l.1. h.t.* nihil est in verbo possessionis, ex quo ad pedum positionem aliquid argui possit, licet malè Forcatul. vulgatam lectionem & notationem defendat dial. 73. & frigidæ videntur esse duæ rationes, quibus *Iason post Dd. ad l.1. in prin. h. tit. col.1.* hanc notationem & cur à pedibus potius possessio appellata sit, defendit: vel quia pedes sint fundamentum totius corporis, vel quia initio per ingressum rerum immobilium possessionem occupaverimus, quod pluribus citato loco Forcatul. defendere conatur. Planè nihil commune habet possessio cum pedibus, sed cum sedibus habet: nec inepta allusione, possidere, quasi, posse sedere, dictum videri possit.

LIT. B.

In genere.] Verbum possessionis ita in genere sumtum, vix videtur admittere commodam definitionem: nam cum aliquando colonus, fructuarius, commodatarius, servus, possidere dicantur, alibi negentur, nisi certi quid hic prius statuatur, vix poterit definiri possessio. Addendum autem hic quod ad principium prætermisimus, possessionis verbum abusivè usurpari pro *usucapione*, fortè quia possessionis civilis hic præcipuè effectus est ut sequatur usucapio: atque ita usurpatur hoc verbum *in l. denique 19. & in l. ait prætor. 23. §. 1. ex quib. caus. maior. l. 1. §. Scævola, si is qui testament. lib. esse:* & nodum in scripto quærunt, qui jam citatis loc. ita usurpari verbum possessionis negant, & quoniam, velut *in d.l. 19.* bis fit mentio possessionis, prius de civili, posterius

de

de naturali possessione explicant, quod ipse contextus satis refutat: & falsum est, quod iidem absurdum esse putant, ut usucapio interrupta dicatur: quæ quidem nimis putida est verborum captatio, neque tantum usucapio impleta, sed etiam cæpta & currens usucapio dici potest, velut *in l. 2. l. cæptam. 40. l. iusto. 44. §. ult. de usucap.* Non tamen rectè ad hoc adducitur *l. cum miles. 30. in prin. ex quib. caus. maior.* quoniam possessio ratione effectus dicitur transire ad heredem, quod scilicet hereditas jacens, quoad effectum continuandi & perficiendi usucapionem pro possidente habetur. Sed jam ad definitionem possessionis revertamur.

Et constat utiq;, quod possessio in genere sit definienda, quoniam ex sententia Tr. quæ frequentius etiam recepta est, species habet: quo modo & in genere eam definiri etiam vult *Hottom. 9. obs.* 1. quem malè pro diff. citat Tr. Et nimirum aliud est dicere, quod possessio non possit definiri, aliud quod difficulter possit: quod rectè Accurs. & peritissimos non ausos fuisse eam definire affirmat, quos tutius sequutus fuisset Tr. cuius definitionem non tantum non generalem, sed planè vitiosam esse mox ostendemus.

Lit. C.

Est detentio.] Controversia prima est de genere possessionis, quod Tr. constituit detentionem, quod etiam probant *Theophilus & Duar. lib. 1. disput. 18. per l. 1. in prin. h. t.* & inepta sunt, quæ Vaud. ad impugnandum hoc genus adducit *lib. 2. var. quæst. cap. 3.* quod non sit latius definito: etenim hoc perspicuè falsum est, siquidem ille etiam tenere dicitur, qui nec possidet, nec animum possidendi habet, quo sensu verbum *tenere*, tanquam latius, usurpatur *in l. 3. §. 2. de tab. exhib. l. præscriptio. 45. §. 1. de usucap. l. possess. 49. §. 1. hoc tit.* 2. obiicit, quod detinere sit verbum imbecillius, quam quo possit exprimi verbum possessionis. Respon. hanc esse naturam omnis generis, cum latius pateat definito, & plures sub se contineat species, ut sit imbecillius, nec exprimat essentiam definiri, quod scilicet fit per adiectionem differentiæ, quæ genus restringit ad suum definitum: sed & amplius duæ istæ rationes ita comparatæ sunt, ut sese invicem destruant, & posterior quoque militet non minus contra genus Vaudi, videlicet, *habere*, quod ad exprimendam naturam possessionis, multo est ineptius. Et tamen in hoc genere possessionis

cautione opus est, quod scilicet omninò rectè se habet, si possessionem secundum proprietatem verbi consideramus: quod si verò attendimus & consideramus possessionem, quatenus jure civili conformata, & ut ita dicam, extensa est, aut vitiosum hoc genus erit, aut verbum detentionis abusivè accipiendum & commodè explicandum erit: quandoquidem qui ignorans per servum possidet, qui absens etiam alio ingresso & possidente nihilominus possidere dicitur *l.6.§.ult.l.44.§.ult.cum duabus ll. seqq.* vix est ut revera rem detinere dici possit, nisi detentionem oliquam fiactam, vel interpretatione juris suppletam statuamus. E hoc considerarunt veteres qui possessionem definierunt JUS: nec ineptè, si non ipsum quasi actum incubandi & detinendi, sed aliquid à jure formatum consideremus, & verbo *iuris* paulò latius utamur: cæteroquin post alios ex Donell. etiam *5.comment.6.* hoc obiici possit, quod hoc genus de possessione iniusta, & quæ malæ fidei est prædicari posse non videatur: itemq; quo in omne ius defuncti succedit heres in quem tamen non transit possessio: quod reversus ab hostibus pristina jura recuperare dicitur, non tamen recuperat possessionem. Sed nimirum verbum *iuris* ambiguè dicitur, neq; necesse est omnia jura transire in heredes, veluti ususfructus & alia jura personalia: & specialis hic ratio est, quod possessio simul est facti, cuiusmodi quæ sunt, morte & captivitate planè abrumpuntur, neq; per fictionē juris sustinentur: cæterum possessio malæ fidei considerata ut possessio, justa possessio est, quoniam essentialia possessionis habet *l.3.§.ex contrario.h.t.* & qualitas iniustitiæ à titulo & scientia proficiscitur: & ut hisce cavillationibus occurramus, in definitione hac jus pro facultate aliqua & potestate accipiemus, quod veteres istius definitionis autores hoc ipso satis significarunt, dum possessionem *ius insistendi rei* dixerunt. De verbis planè pugnandum non est, modo rectè intelligantur: ut tamen, si hoc genere *iuris* uti velimus, & dicere possessionem esse *ius insistendi rei*, duo hæc cautionis & quasi differentiæ loco notentur 1. ut intelligamus jus insistendi rei vacuæ, de quo pluribus dicemus th. seq. lit. D. 2. ut sit ius insistendi pro arbitrio nostro quandocunq; velimus, & in potentia proxima: cæteroquin etiam dominus rei ab alio possessæ insistendi ius habere dici posset, quam vindicare, & alii extorquere potest. Porrò

hanc

hanc ſententiam, quod poſſeſſio non tam in detentione, quam in iure inſiſtendi poſita ſit, eleganter probat *l.3.§.Nerva.13.h.t.* ubi dicitur, res mobiles hactenus à nobis poſſideri, quatenus ſi velimus, naturalem earum poſſeſſionem nanciſci, id eſt corporaliter eas apprehendere poſſimus. Ex ſubiectis autem differentiis natura & eſſentia poſſeſſionis magis apparebit.

Apparet autem ex his malè à Tr. ſimpliciter improbari eos, qui poſſeſſionem definierũt *ius*: alia autem quæſtio eſt, quam cum illa confundit Tr. an poſſeſſio ſit iuris, quoniam detentio etiam iuris eſſe poteſt. Circa iſtam autem quæſtionem duplicem opinionem Dd. proponit Tr. primam eorum, qui exiſtiment poſſeſſionem acquiſitam eſſe iuris, ſed dum acquiritur, eſſe facti. Et verò negari non poteſt plus eſſe iuris in poſſeſſione quatenus acquiſita eſt: quoniam iura & eorum interpretes non ita facilè, præſertim quoad effectum interrumpendi uſucapionem, amitti voluerunt poſſeſſionem, eaq; de cauſa, etiam ab hereditate jacente uſucapionem continuari, & impleri conſtituerunt *l.40.de uſucap.* & per alios qui noſtro nomine in poſſeſſione ſunt præiudicium nobis fieri prohibuerunt *l.ult.C. de acquir.poſſeſſ.* quæ tamen & alia eius generis non pauca, non impediunt, quo minus poſſeſſio etiam acquiſita, plus facti quam juris rectè habere dicatur, maximè ſi cum domino conferatur: quam etiam opinionem malè videtur improbare Treutl. dum inter diſſentientes etiam eos in F. huius lit. citat, qui poſſeſſionem acquiſitam plus ſami habere ſtatuunt. Cum autem poſſeſſio non ſolo animo, ſed etiam corpore acquiratur, ut tractatur th.3. cõſequens eſt ita conſideratam poſſeſſionem vel maximè eſſe facti, licet & hic quædam occurrant, propter quæ aliquid iuris eam habere fatendum ſit, veluti quod etiam ignorantes per procuratorem & per ſervum, quod etiam infantes acquirunt poſſeſſionem, de quibus in ſeqq. agetur.

LIT. D.

Rei corporalis.] Hæc differentia eſt poſſeſſionis ab obiecto petita, & quidem poſſeſſionis propriè dictæ, quoniam per ſimilitudinem quandam & quaſi res etiam incorporales poſſideri dicuntur: ſiquidem ut oſtendimus diſput. præced. th.1. lit. L. incorporalia etiam certis quibuſdam modis tradi & apprehendi poſſunt, Est rerum corporalium.

ſunt , vnde etiam longa quaſi poſſeſſione ſervitutes acquiruntur *l.10.ſi ſervit.vind.* de quo alibi dictum add. lit. ſeq. circa fin. & facit hæc ratio, quod ubi non eſt poſſeſſionis ab uno in alium continuatio, ibi nec eſt revera poſſeſſio, per not. *diſp.ſeq. th.5. lit.* B. atquin in rebus corporalibus non eſt talis continuatio *l. ſi ædes.32.§.1.de ſervit.vel præd.* Eſt autem hæc quaſi poſſeſſio, ut rectè Treutl.ait, in uſu, quoniam utendo, apprehendere & ita poſſidere videmur. Malè autem Tr.jura dicit non eſſe, ſed intelligi: quoniam etiam accidentia ſpecies entis ſunt, & eſſentiam ſuam habent , & proinde ut ſint neceſſe eſt : neq; ideò incorporalia poſſideri negantur, quia non ſunt, ſed quoniam earum apprehenſio, & detentio talis , qualem poſſeſſio deſiderat, non eſt: & cum ipſe Tr.diſp.præced. corporalium dicat eſſe dominium , quod non eſt, eius nec dominium eſſe poteſt: & verò mala oppoſitio eſt eorum quæ ſunt , & quæ intelliguntur : quoniam nihil niſi quod eſt, intelligi poteſt , & viciſſim quod intelligitur, illud eſſe oportet. Sed fortaſſis Tr. *eſſe,* paulò latius & craſſius accepit.

Vnicum autem factum.] Ait quod unicum factum ad conſtituendam quaſi poſſeſſionem requiratur. Equidem ad minimum unum actum intercedere oportet: ſed nimirum cum Tr.dicat, *unicum actum* , hoc dicere eum voluiſſe apparet, quod ſufficiat actus unicus. Quod verum eſt, ſi præſupponas ex altera parte traditionem fictam interceſſiſſe, velut ſi dominus permittat aliquem conſtituta ſervitute per fundum ſuum ire : cæteroquin verum non videtur quod ubi poſſeſſio introducenda eſt ex patientia & præſumta domini ſcientia, ſufficiat unicus actus: pro qua etiam ſententia non facit *cap.cum Eccleſia, de cauſa poſſeſſionis & propriet.* ubi ideò vicerunt clerici , quod tribus actibus ſuam quaſi poſſeſſionem oſtenderant: quamvis aliâs etiam ad decidendas eiuſmodi controverſias autoritas juris Can. non magni ponderis eſſe debeat, Non movet etiam *l.1.§.4.de aqua quotid.* quoniam ſpeciale eſt in aquæ ductione , tum quia habet actum continuum , ut adeò ſi quis una die continuò ducat, non ſit ſimpliciter unus actus : tum quia non fit ſine apparatu aliquo præcedente , cum tabulis & fiſtulis, ut tanto facilius patientia alterius præſumi poſſit. Non movet deniq; *l.8.§.3.ſi ſervit.vind.* vel quia non loquitur de uno actu, vel potius quia & ibi ſpeciale eſt, in actu permanente , & qui non

ſit

fit ſine molitione & ædificatione aliqua, ut alia præſumtio ſumi non poſſit, quam iure ſervitutis id eſſe factum, veluti ſi quis tignum in alterius ædes immiſerit. Neq; his contradicit *Menoch. lib. 2. arbitrar. caſ. 160.* quia nominatim loquitur de actu qui fit iure proprio, & quem quis iure ſuo exercet: cæteroquin unicum actum ſufficere negat. Et poſſit quidem Tr. intelligi ſecundum allegatum Menoch. ſed non decebat ita generaliter affirmare, quod ad acquirendam hanc quaſi poſſeſſionem unus actus ſufficeret.

Lit. E.

Animo affectioneve domini.] Hæc eſt ſecundum Tr. differentia ſpecifica poſſeſſionis ex Theophilo qui in tit. Inſt. d. uſuf. ita definit poſſeſſionem νομή ἐστι, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, quam differentiam etiam probant *Cuiac. in l. non ſolum in pr. de uſucap. Curt. 2. conject. 1. tom. 1. Ant. Cont. lib. 1. diſput. c. 9.* Sed nimirũ Theophil. non poſſeſſionem in genere ſed in ſpecie, & eam videlicet quæ effectum habet uſucapiendi, definire, & definitionem ſuam ad materiam ſubiectam accommodare mihi voluiſſe videtur, quoniam eo loco Juſtin. proponit differentiam inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, quod non hic uſucapit, quoniam rem alienam eſſe ſciat, & eam quoq; non poſſideat. Cæteroquin in definitione poſſeſſionis, in genere ſumtæ, ut quidem eam definire vult Tr. differentiam *iſtam* prorſus vitioſam eſſe, & quæ definitionem anguſtiorem definito faciat, non dubito. 1. quia in prædone, quem Tr. poſſidere concedit, propriè loquendo animus dominii eſſe non poteſt: & quamvis ad evitandam hanc obiectionem Tr. adiecerit verbum, *affectionis*, vix tamen eſt, ut poſſit dici vel affectionem domini habere prædo, neque improba & iniurioſa affectatio & uſurpatio dominii poteſt ſufficere ad fundandam poſſeſſionem, ut proinde ineptum ſit quod Cont. ait, etiam in prædone eſſe affectum & libidinem dominandi: quia hæc nihil commune habet cum animo & affectione ſeu opinione domini, quam Theoph. appellat ψυχὴν δεσπόζοντος. 2. quia in coniuge, quæ rem à coniuge donatam, ipſo quoq; Tr. concedente verè poſſidet, non poteſt dici animus domini, quoniam ſcit donationem legibus prohibitam eſſe, adeòque ſine titulo ſe poſſidere. 3. quia iuxta *l. 12. §. 1. h. t.* dominium nihil commune habet cum poſſeſſione, nec proinde ad eam perti-

Ani. et affectione Domini ... Poſſeſſio.

nere aut facere poteſt animus domini: & in eo omnes, qui hanc differentiam definitioni addiderunt, lapſi videntur, dum quod JCti de poſſeſſione in ſpecie effectum uſucapiendi habente, diſputarunt, ipſi tanquam generale acceperunt. 4. refutatur hoc ab exemplis, quoniam creditor & qui precario rogavit, ſine dubio animum domini non habent, tamen poſſident, ut oſtendemus infra th. 4 lit. F. ubi etiam Tr. concedit, poſſidere ſequeſtrum, ſi ita in ſpecie convenerit, & ea tamen conventio non poteſt tribuere animum domini. 5. quia rem meam ab alio poſſidente conducere poſſum, ut ille per me poſſideat, *l.28. & 37. h. t.* quem adeò animum domini non habere conſtat. 6. confundunt differẽtiam iſtam textus omni exceptione maiores *in l. quæcunq. 13. §. 1. de publ. act. l. ſi ſerv. 22. §. 1. de noxal. act. l. 7. §. 4. comm. divid.* ubi diſerte duæ ſpecies poſſeſſionis cõſtituuntur, altera quæ ſit cum animo domini, altera quæ eo ſit deſtituta. Hæc cum alii animadverterent, poſſeſſionem in genere acceptam aliter ſibi definiendam eſſe exiſtimaverunt: & Hotto: eam dicit eſſe detentionem rei vel animo & corpore ſimul, vel animo duntaxat. Verum aut intelligit animum domini, & ead. obſtant aut animum ſimplicem detinendi, & latior videtur eſſe definito: ſed & vitiosè diſtinctio ingreditur definitionem, & omninò nõ videtur explicare eſſentiam poſſeſſionis. Quo eod. vitio laborare videtur definitio *Charondæ* 1. *veriſim. 6.* quod poſſeſſio ſit uſus rei corporalis à jure vel proprietate ſeparatus: cum præſertim ita excludatur poſſeſſio quæ cauſalis à quibuſdam appellatur, qua dominus ipſe rem ſuam tenet: itemq; excludatur poſſeſſio creditoris, qui jus utendi non habet: ſed & ſi juxta hanc definitionem, quod ipſe Charondas vult, poſſident colonus & cõmodatarius, etiam poſſidebit depoſitarius, qui uſum nõ habet: & quãvis plerumq; poſſeſſioni annexus ſit uſus rei, quo reſpexit JCtus *in l. quæſtio 115. de V. S.* tamen, quod præſertim hoc univerſale non eſt, eſſentia poſſeſſionis minimè in eo poſita eſſe videtur. *Iohan. Vaud.* 2. *variar. quæſt.* 3. definit poſſidere, quod ſit habere rem corporalem ex corpore & affectione ad rem, non alteri non jure dominii. Sed hæc quoque definitio excludit poſſeſſionem cauſalem: ſed & neq; creditor aut precario rogans, multoq; minus depoſitarius, ſi & hic poſſidere dicendus eſt, affectionẽ ad rem habere videntur: & amplius definitio quid res ſit verbis affirmantibus, quoniam ne-

gantia

gantia nihil ponunt, explicare debet. Fortassis non ineptè possessio dicatur esse jus corporaliter insistendi rei vacuæ. Jus scilicet, juxta explicationem supra traditam sive illud facultatem vel potestatem quis dicere malit: & ideò jus, quia possessio nō tantum in jure nostro ea est quæ habet actum primum, & consistit in ipsa detentione, sed etiam quæ est in facultate apprehendendi, siquidem & ille possideri dicitur, qui etiam peregrè profectus à re abest *l.6.§.1.h.t.* Dixi, *corporaliter insistendi:* ut significarem, non sufficere quamcunq; facultatem seu quodcunq; jus, sed quod sit in potentia proxima, ut ubi velim rem corporaliter apprehendere queam, juxta *l.3.§. Nerva 13.h.t.* Cui sententiæ non obstat, quod servum fugitivum possidere dicimur *l. Pomponius. 13. in pr. l. rem quæ 15.h.t.* quoniam re vera eum non possidemus, sed tantum quoad effectum usucapiendi, ut existimo, pro possessoribus habemur, ne servus, per quem res alias possidemus, sui ipsius nobis intervertat possessionem, iuxta *d.l.* 5. Quo etiam pertinet quod captus ab hostibus quoad effectum scilicet usucapiendi, per servum interim possidere dicitur *l.12.§.2.de captiv.* itemq; quod constituit Pontifex *in cap.9. de dol. & contum.* ut qui ex primo decreto in possessionem admissus non est, per elapsum annum efficiatur verus possessor: quod nec à jure civili alienum esse malè aliqui probare conantur *ex l. pen. §.pen.h.t.* cujus loci uullus alius sensus est, quam quod decretum secundum, tantum operetur in iure apprehendendi possessionem, quantum voluntas domini, ut videlicet qui secundo decreto possidere jussus est, propria autoritate rem ingredi & apprehendere possit: & facit *l.12.§.ult.de reb.autor.iud.poßid.* ubi JCtus ait nihil esse quod possideatur, si fortè propter latronum potentiam res apprehendi nō possit. Et tamen probatur *ex d.§.ult.cum l.seq.* quod primum decretum interpositū, etiam effectum suum operetur, etiamsi vel bona quæ tum erant, non potuerint possideri, v.c. ꝑpter inundationē, vel etiamsi tum temporis nulla bona fuerint: ita ut si postea recedat aqua, vel debitor acquirat, novo decreto opus non sit, sed ad secundum rectâ procedi possit, quod *in d.§.ultim.* etiam Zas. notat: ex quo videtur convenire ius civile cum Canonico, &, quod notandum est, esse etiam mere civilem quandam detentionem, quæ juxta sententiam nostram sub generali appellatione possessionis continetur: & cui etiam suo quodam modo & proportionaliter definitio ista ac-

Definitio Bach.

commodari poteſt:add.not. infra *diſp.24.th.3. lit. E.in fin.* Neque obſtat quod *in l.6.§.1.h.t.*non obſcurè dicitur eum adhuc poſſidere cuius abſentis fundum alius clam poſſidere cepit. Etenim animus abſentis qui poſſeſſionem ab alio occupatam ignorat, & ſe rem apprehendere poſſe exiſtimat,ſuſtinet poſſeſſionem : quin & amplius dici poſſit,retineri poſſeſſionem, etiamſi alterum ingreſſum eſſe ſciat,quem fortè ſibi revertenti ceſſurum,aut facilè à ſe expulſum iri confidit,de quo pluribus *inf.th.ult.* Ubi tamen notandum, quod poſſeſſio ſæpè à JCtis reſpectu effectus uſucapiendi conſideretur,& ne hic facilè interrumpatur, etiam qui revera non poſſidet,pro poſſeſſore habeatur. Non obſtat deniq; quod definitio hæc etiam detentioni quæ eſt penes colonum, depoſitarium vel commodatarium,convenire videtur: vel quia hoc concedi poteſt,verbo poſſeſſionis in genere ſumto, de quo dicemus lit. ſeq. vel ſi quis hoc negare velit,detentio iſta excludi poſſit, partim per verbum *ius*,partim per verbum,*vacua:*quoniam poſſeſſio earum rerum penes alios exiſtit:de quo in ſeqq. plura dicemus. Poſſit etiam obiici,quod definitio hæc excludat res incorporales, quæ tamen poſſideri dicuntur *l.ult.de itin.actuq́, priv.l.2.§.ult. de precar.* hoc etiam argumento,quod tradi & apprehendi poſſunt, ut probatum *diſp.præced.th.1.lit.L.*Sed reſponderi poteſt,eam non eſſe veram poſſeſſionem,ſed quaſi,ut appellatur *in l.23.§.2.ex quib.cauſ.maior.l.10. ſi ſervit.vind.l.3.§.pen.de vi & vi armat.l.5. §.pen.d.itin. act.priv.* quo reſpectu nulla ſervitutum vacua traditio eſſe dicitur *l.ult.de ſervit.* unde ius incorporale poſſideri negatur *l.4.§.ſi viam.27. de uſucap.l.ſi ædes 32.in f.de ſervit.urban.præd.facit l.3.§.iter d.act.emt.l.43.§.1.de acquir. rer.dom.*Et tamen cum quædam & ſaltem analogica ſit iurium poſſeſſio, & Logici etiam quædam genera admittant,quæ non ex æquo prædicentur de ſpeciebus ſingulis, non malè talis conſtituatur definitio, quæ etiam rebus incorporalibus conveniat: veluti ſi poſſeſſionem dicamus,*ius ex arbitrio ſuo rei vacuæ inſiſtendi.* Cæterum nihil neceſsè puto,ut inſeratur definitioni mentio, *rei certæ:* quoniam rem rectè ſe habere ut poſſideri poſſit, præſupponendum eſt. Minus probandi ſunt, qui adiiciunt, *rem in commercio exiſtentem:* vel quia præſupponenda eſt res habilis,vel quia iſta differentia falſa eſt,de quo agemus theſ.ſeq. Addunt alii verba, *animo tenendi:* ſed poſſunt ſubintelligi ſub verbis,jus inſiſtendi: quod habere dici non

ci non poteſt, qui iure familiaritatis amici fundū ingreditur, iuxta *l. qui iure.* 41. *h. t.* quo textu præcipuè ut verba illa, *animo tenendi*, addenda exiſtiment, quidam moveri ſolent: quin imò cum furioſus poſſeſſionem retineat *l.* 4. §. 3. *l.* 31. §. *ſi ſervus.* 3. *l.* 44. §. *eum qui* 6. *de uſucap.* apparet ſine animo tenendi ſubſiſtere poſſeſſionem: quamvis non diffitear hoc ita ſpeciali favore, præcipuè quoad effectum uſucapiendi, receptum eſſe. Neq; ad rem pertinet, quod ideò pupillus & furioſus incipere poſſidere nequeunt, quia animum tenendi non habent *l.* 1. §. *furioſus.* 3. *h. t.* quoniam hic nō de adipiſcenda poſſeſſione, ſed jam adepta & conſtituta diſputamus.

Ideoq; nemo poßidet.] Ait neminem poſſidere, niſi qui corpore & animo, eoq; domini rem tenet. Ex quibus verbis efficitur contra Tr. prædonem & coniugem rei à coniuge donatæ aut non eſſe poſſeſſores, aut vitioſè animum domini differentiæ loco in definitione poni. Illud quoq; aut ambiguum aut falſum eſt, quod neminem poſſidere ait, niſi qui animo & corpore tenet, ſiquidem animo ſolo poſſeſſionem præſertim civilem conſiſtere, extra controverſiam eſt.

LIT. F.

Naturalis vel civilis.] Proponitur hic poſſeſſionis diviſio, de quo, & multo magis de eius explicatione ingens eſt controverſia. Et Tr. communiter receptam diviſionem ſequitur, in naturalem & civilem, quæ colligitur ex *l.* 3. §. *ult. ad exhibendum l.* 1. §. *deijcitur.* 9. *de vi arm. l.* 2. §. *quod vulgo. pro herede. l. ſtipulatio.* §. *hac quoque* 7. *cum* §. *ſeq. de V. O. l.* 7. §. *neq; coloni comm. divid. l. pupillus.* 11. *de acq. rer. dom. l.* 12. *in pr. h. tit.* eamq; diviſionem probant *Duar. ad l.* 1. *D. h. t. Vaud. lib.* 2. *quæſt.* 3. *Cont. lib.* 1. *diſp. cap.* 9. *Cuiac.* 9. *obſ.* 33. & communius à Dd. teneri teſtantur *Iaſ. in l.* 1. *in pr. h. t. col.* 12. *Covarr. ad cap. poſſeſſor part.* 2. *in pr. nu.* 4. Ab hac tamen opinione jam olim referente Jaſ. d. loc. receſſerunt Placentinus & Azo, & unam tantum ſpeciem poſſeſſionis eſſe ſtatuerunt, quæ per ſe ſit naturalis, ſed approbatione & extenſione civilis, & quam habeat, qui rei inſiſtit, & abſens retinet miniſterio juris civilis. Sed quia fundamentum huius quæſtionis pendere videtur ex eo, quid nam ſit civilis, quid naturalis poſſeſſio, ſpecierum harum aut appellationum ſignificatio & natura prius explicanda & conſtituenda erit. Et Tr. poſt *Donell.* 5. *commen.* 7. poſſeſſionem civilem de juſta & quæ bonæ fidei ſit, naturalem, de injuſta & ma-

Divisio Possessionis.

læ fidei possessione explicat: eamq; explicationem hoc argumento Donellus confirmare nititur, quod cum possessio alibi in civilē & naturalem, alibi in iustam & iniustam dividatur, utriusq; divisionis ead. sententia esse intelligenda sit. Verum hoc quod assumit, procul dubio falsum, & possessionis in iustam & iniustā distinctio, non divisio prima sed subdivisio est: nec iuvant etiam hanc explicationem textus à Tr. adducti, veluti *in l. 3. §. ex contrario. 5. hoc tit.* quoniam utcunq; aliquando malæ fidei possessio respectivè iniusta dicatur, tamen omnem simpliciter iniustam possessionem appellatam, malæ fidei possessionem esse, non consequitur: siquidē possessio rei à coniuge donatæ, propter defectum tituli iniusta quidem, non omninò tamen, quia voluntas domini adest, malæ fidei est: quin & *in d. §. 5.* possessio precaria iniusta appellari videtur, quatenus possessioni concedentis, & ei quæ ad usucapiendum habilis est, opponitur: quæ tamen alio respectu, quatenus à domino concessa est, & possessioni clandestinæ aut violentæ opponitur, iusta possessio appellatur *l. 22. §. 1. de noxal. act. l. 13. §. 1. de publ. act. l. 7. §. 4. comm. divid.* Multò minus autem *ex d. l. 3 §. 5.* probatur, quod iusta possessio & civilis, iniusta naturalis appelletur. Nihil autem prorsus huc pertinet *l. non videtur. 22. h. tit.* nihil etiam *l. 2. in f. cum l. 3. & 4. §. 1. de precar.* ex quibus nihil aliud probatur, nisi quod possideat, qui precario rogavit. Denique *ex l. 2. uti poßidetis* divisio quidem possessionis, quod alia iusta alia iniusta sit, cui nemo controversiam movet, sed minimè eius explicatio à Treutl. & Donell. tradita, probatur. Et licet aliquando & quædam naturalis possessio iniusta dicatur, ut videtur *in l. quod servus 24. h. t.* inde tamen non sequitur, omnem possessionem naturalem iniustam esse, multò minus omnem quæ iusta est esse civilem: quamvis *ex d. l. 24.* potius probetur, quod naturaliter teneat servus, quod justè acquisivit, quoniam hoc tantum per servum domino acquiri dicit JCtus, & dominum possidere subiicit, quod servus naturaliter tenet. Et faciunt contra istam Donel. & Tr. explicationem hæ rationes 1. quod titulus vel bona fides non afficiunt aut ingrediuntur essentiam possessionis, & proinde divisio hinc sumi non potest. 2. quod *in l. 3. §. 5.* in summa possessionis nihil interesse dicitur, an quis iustè an iniustè possideat. 3. quod possessio creditoris nec malæ fidei, quia causam

ſam à domino habet, nec bonæ fidei revera eſt, quoniam abeſt opinio domini, ex qua bona fides appellatur. 4. Quia aliâs ſequeretur ſuperveniente mala fide mutari ſpeciem & eſſentiā poſſeſſionis, quin nec ſequi uſucapionem, quam naturalis poſſeſſio ſola operari non poteſt. 5. quia qui naturaliter poſſidet potius debet poſſidere bona fide, neq; enim ad ſolā iniuſtam detentionem naturalis poſſeſſio reſtringi poteſt: neq; dubium eſt quin vel maximè naturaliter poſſideat, qui rem ſibi traditam bona fide accepit. 6. Refutatur illa opinio ex textibus iuris ſupra citatis, quibus fit mentio naturalis poſſeſſionis, qui de iniuſta poſſeſſione explicari omnes utiq; non poſſunt. Et omninò ne in ſententia manifeſto falſa refutanda prolixiores ſumus: eſſe bonæ & malæ fidei, eſt qualitas poſſeſſionis in ſpecie ſumtæ, conſideratæ ad effectum uſucapiendi, quem bona fides inducit mala impedit. Quin ipſe Donell. fateri cogitur, poſſeſſionem naturalem aliter in uſu iuris uſurpari: at verò nos hic de explicatione huius diviſionis non ex cerebro Donell. aut Treutl. ſed ex mente JCtorum diſputamus: quamvis illam explicationem nec rationi nec poſſeſſioni ex iure gent. conſideratæ convenire exiſtimem. Dd. vulgò civilem poſſeſſionem ex animo ſolo naturalem ex corpore & animo ſimul æſtimare ſolent: contra quam ſententiam multis diſputat *Vaud. 2. var. quæſt. 3.* quod ex ea ſequatur, nudam naturalem detentionem eſſe poſſeſſionem: itemq; ex fundo egreſſum ſtatim amittere poſſeſſionem naturalem, ingreſſum recipere, & ita modo civilem in naturalem, modo hanc in illam mutari: & quod abſurdum ſit, per diſceſſionem à re novam generari poſſeſſionē, itemq; civilem tantum eſſe in retentione, quam ita nunquam acquiri poſſe efficeretur. Sed tamen Dd. non ita craſsè diſputaſſe videntur, ſed omninò illi & in naturali poſſeſſione animum requirunt, & civilem non per diſceſſum demum exiſtere, ſed antea cum naturali conjunctam retineri, naturalem autem amitti, vel potius, quod rectius dixeris, modum poſſidendi mutari: eaq; in re Jaſ. teſte *in l. 1. in pr. h. t. col. 10.* communiſſimè diſtinguunt Dd. inter poſſeſſionē naturalē tantum, & naturalem cum civili conjunctam: illam etiam animo ſolo retineri putant, in hac autem retineri animo ſolā civilē: tum quod animus nō poſſit operari retentionē duarū poſſeſſionū, tum quod fruſtra retineretur etiam naturalis, cū ſufficiat ſola civilis.

Opinio Jasonis

lis. Sed Jaſ. cit. loc. & ſi nihil concludat, tamen contra illam diſtinctionem Dd. & contra utramq; eius rationem diſputat: & contra primam, quod ita ſequeretur, nec in diverſis rebus naturalem ſolam & civilem ſolam animo retineri poſſe: & revera non ſunt duæ poſſeſſiones, ſed una jure civili approbata, & rationis ſummæ eſt ut qualis poſſeſſio fuit, talis retineatur: ſed Dd. modos poſſidendi & ſpecies poſſeſſionis confundere videntur, de quo poſtea agemus. Contra ſecundam, quod ita quoq; fruſtratorium eſſet ab initio utramq; acquirere poſſeſſionem, & quod ſicut utile eſt, plura remedia habere, ita quoque poſſeſſionem utramque retinere expediat.

Si poſſeſſionem ex origine ſua & jure gent. conſideramus ſicut ea corpore acquiſita fuit, ita quoq; eſſentia eius in corporali retentione præcipuè poſita fuiſſe videtur, non ea nuda, ſed omninò cum animo coniuncta. Sed inconveniens fuiſſet poſſeſſionem eam ſola retentione & corporali incubatione determinare, eoque & iuri gent. convenire puto, ut etiam abſens poſſeſſionem retinere & poſſidere intelligatur: idq; ut ex ſeqq. patebit latius ius civile produxit. Cum itaq; abſens poſſideat & poſſeſſionem retineat, non dicendum eſt, quod alia illa ſit poſſeſſio, quam quæ antea fuit, aut quod aliqua ſpecies, quæ ante fuit amittatur, ſed quod rationi convenit, & verbum retinendi arguit, eandem poſſeſſionem retineri affirmandum. Enimverò poſſeſſio conſtituta non ſimpliciter ut factum, ſed etiam ut jus aliquod conſideranda eſt, cuius obtinendi diverſi ſint modi, qui omninò à ſpeciebus poſſeſſionis accuratè videntur ſeparandi. Species ſcilicet ſunt poſſeſſio naturalis & civilis, ſed poſſidendi modi, tenere corpore vel animo: quo referéda eſt *l. nemo. 10. C. h. t.* ubi poſſeſſio alia dicitur iure conſiſtere, alia corpore: quæ cum ibi etiam ad uſucapionem habilis eſſe dicatur, non de ſpecie poſſeſſionis videlicet civili, ſed de modo poſſidendi verba illa erunt accipienda. Et huc etiam pertinet *l. 3. §. Nerva. 13. h. t.* ubi dicitur hactenus rem poſſideri quatenus naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſumus. Huc uſq; autem non apparent veræ poſſeſſionis ſpecies, ſiquidem nec diverſi poſſidendi modi poſſunt facere ſpecies, nec ſimplex approbatio iuris civilis. Sed nimirum ius civile latius progreſſum eſt, & poſſeſſionem ita conformavit, ut omnis poſſeſſio naturalis dici non poſſit; & poſ-

ſit

sit fortassis non ineptè hoc explicari exemplo obligationis in hanc sententiam, quod possessio sit vel naturalis vel civilis, & utraq; vel simplex vel mixta. Simplex naturalis dividi potest dupliciter. 1. quod sit talis vel propter subjectum, vel propter ipsam possessionis qualitatem. Illam appello quam habet servus, qui naturaliter dicitur possidere *in l. 2. §. celsus 11. pro emtore l. stipulatio 38. §. hæc quoq; 7. cum §. seq. de V. O.* sicut eodem modo naturaliter obligari dicitur *l. 14. de O. & A.* licet alibi servus tantum naturaliter tenere dicatur *in l. 24. h. t.* imò possidere negetur *l. possessio 49. §. 1. h. t.* quatenus scilicet ut subjectus potestati dominicæ, & tanquam qui nudum ministerium domino præbet, & ut Arist. loquitur 1. polit. instrumentum animatum consideratur. Hanc appello, quæ consistit in nuda detentione, non quod nihil nisi corporis incubationem habeat, sed quod nihil in ea sit præter jus detinendi, quod nihilominus tamen solo animo retineatur, & hæc subdistingui potest, quod vel sit prorsus nuda, qualis est v. c. depositarii: vel non planè nuda, veluti conjugis in re donata. 2. distingui potest simplex naturalis possessio, quod vel habeat effectus juris civilis, vel non habeat, & in mera quodammodo naturaliter relinquatur: sub quam speciem referri potest itidem possessio servi, itemq; possessio depositarii, nam & hic possidere dicitur naturaliter *l. 2. §. 1. pro herede. l. 7. §. neque colonis 11. commun. divid.* itemq; ejus qui ex primo decreto in possessionem missus est: qui licet simpliciter possidere negatur, imò sententia Quinti Mutii qui eum possidere dixerat, ineptissima appelletur, *l. 3. §. ult. h. t.* attamen ea reprehensio, nisi secundum quid accipiatur, falsa futura est, siquidem depositarius, qui non plus imò minus ferè iuris habet, naturaliter dicitur possidere: facit quod *in l. 7. §. item si duo. 8. commun. divid.* causa possidendi iusta dicitur, itemq; quod ei interdictum dari videtur t. t. ne vis fiat ei, &c. quod & Menoch. *remed. 1. retinendæ possess. n. 5.* appellat interdictum retinendæ: ubi tamen malè alios reprehendit, qui hoc negant verbo possessionis propriè sumto, & eo sensu quo JCti ita missum possidere negant *d. l. 3. §. ult. & l. 10. §. 1. h. t.* & ab interdicto, uti possideris excludunt *l. 3. §. creditores, uti possidetis,* possit sanè quis eum fortasse sed minus rectè, effectum hic considerare, quod contra has personas actio in rem & ad exhibendum datur. *l. 3. §. ult. cum l. seq. ad exhib. l. 9. de rei vind.* Et hinc dici possit, quod quædam possessio naturalis sit simpliciter ta-

lis, alia ſecundum quid. Effectus poſſeſsionis, de quibus plenius agitur theſ. 5. duo præcipuè eſſe videntur. 1. Jus utendi re. 2. Jus remediis poſſeſsoriis expediendis. Propter illum poſſeſsio naturalis videtur tribui colono *l.2.§.1.pro herede l. 7. §. 11.comm. divid.l.1.§.deiicitur.9.de vi arm.commodatario d.l. 2. & d.l. 7. arg.l.3. §.ult. ad exhibend.l.videamus* 38.§.10.*de uſur.*fructuario *l.12.in pr.h.t.l. 5. in f. pr.ſi uſusfr.petat.* Quamvis revera uſus non ſit de eſſentia poſſeſſionis nec eam conſtituat, ſed ille iam enumeratis perſonis ex conventione debetur: & naturaliter poſſidere ſuo ſenſu non ineptè dicantur, non tam propter uſum, quam propter qualem qualem detentionem, propter quam corporaliter poſsidere dicuntur *l.1.C.commun.de uſucap.* Propter alterum effectum naturaliter poſſidet coniux rem à coniuge donatam *d.l.1.§.9.de vi arm.* & creditor rem ſibi pignoratam, de quo th. 4.

Hæc de poſſeſsione naturali. Mixta naturalis & civilis ſimul eſt quam iure gent. introductam, ius civile approbavit: & adeò ad quam conſtituendam ius naturale & civile concurrit: & poteſt cõſiderari dupliciter, ut vel ſit plenior, v.c. cum effectu etiam uſucapiendi: vel minus plena, cum effectu experiendi interdictis poſſeſſoriis: Civilis nuda eſt, quæ à mero iure civili introducta eſt, cuiuſmodi eſt debitoris *arg.l.13. in pr.& l.16.de uſucap.* domini in ſervo fugitivo *l.13.& 15.h.t.* in rebus peculiaribus ſervi. *l.1.§. Item 5.h.t.* captivi in rebus per ſervos poſſeſsis *l.12.§.2.d.captiv.* Ubi notandum. 1. Quod JCti de poſſeſsione ut plurimum loquantur in ſignificatu potentiori: quo factum ut plurimis locis negentur poſſidere commodatarii, depoſitarii, coloni, *l. 17. §. 1. depoſiti l. 6. §.2.d.precar.l.9.de rei vindic.l.33.§.1.in f.de uſucap.l.8.commod. & cum* v.c. per colonos poſsideamus *l.25.§.1.l. 44. §. 1. hoc tit.* illi qui alii poſsident, negantur poſsidere. *l.18. in princip. hoc tit. §.poßidere 5. Inſtitut.de interdict.* quin hoc ipſo quod qui ante poſsidebat, fundum à domino conduxit, poſsidere deſinit, *l.19. in princip. hoc tit.* fructuarii *l. 5. §. 1. l. 3. §. 12. ad exhibendum. l. 10. §. ultim. de acquir. rer.domin. l. 1. §. 8. & l. 4. uti poßidetis. l. 1. §. 8. quod legatorum. l. 60. §. 1. de uſufruct. §. de iis. 4. Inſtitut.per quas perſ. acquir.* eoque *in l. 3. §. ultim.de vi arm.* dicitur habere qualem qualem poſſeſsionem. Deinde notandum quod ead. poſſeſſio diverſo reſpectu naturalis & civilis dici poteſt: veluti poſſeſsio creditoris, naturalis dicetur, quia

caret

caret effectu usucapiendi: civilis quia rei vindicationem hypothecariã & interdicta possessoria creditor habet: eodemq; modo possessio conjugis in re donata est naturalis, quia titulo caret: eademq; civilis, quia eius nomine interdictum datur *l.* 1. §. 9. *de vi arm.* Etenim sicut omnis obligatio civilis rectè vocatur, quæ actionẽ producit, ita nec absurdè dicetur civilis possessio, quæ interdictis possessoriis defenditur & recuperatur, ut tamen non omnis civilis possessio hunc effectum habeat veluti civilis nuda debitoris in re pignorata, ut quidam volunt: quamvis hic rectius omnimodò possidere negetur, de quo in thes. 4. Etenim illa fictio est, quod quo ad usucapionem alieno nomine creditor dicitur possidere, *l.* 13. *in pr. de usucap.* Et hoc præcipuè intuitu commodatarii, depositarii, coloni, in possessionem missi negantur possidere. Etenim quod huic interdictum dari dicitur, iuxta ante notata, & speciale prorsus est, & nõ nisi verbis abusivè sumtis interdictum illud possessorium appellatur, quippe quod ei disertè interdictum uti possidetis negetur *l.* 3. §. *creditores, uti possidet.* Fructuario tamen, quia omnem utilitatem rei habet, & jus pro libitu rei insistendi firmius interdictum unde vi accommodatur *l.* 3. §. *unde vi,* 13. *de vi arm.* quod etiam factum videtur partim odio violenti invasoris, partim non tam propter rei, sed magis juris sui quasi possessionem, si uti prohibeatur, ut probari potest *ex d. l.* 13. §. 13. quo facit *l.* 3. §. 16. *eod.* ubi hoc interdictum etiam datur ei, cui nudus usus relictus est, quem nemo sanè dixerit possidere: eoq; interdictum quod fructuarius habet nõ directum sed utile esse videtur de quo *inf. disp.* 25. Nihil autem huc pertinet *l.* 1. §. 8. *quod legat.* quoniam ad excipiendum interdictum, de quo casu ibi tractatur vera possessio necessariò non est, sed sufficit simplex detentio, quod & in rei vindicatione juris est *l.* 9. *de rei vind.*

Et itaq; ad usum juris definitio possessionis fuerit fortassis constringenda per differentiam sumtam ab effectu qui positus sit in jure rem amissam recuperandi & persequendi.

Divisioni autem ita constitutæ non obstant rationes, quæ à quibusdam ad probandam possessionis simplicitatem adducũtur 1. quod titulus D. & C. sit de acquirenda possessione, Respondeo rationem esse ineptam, quoniam genus plures sub se habet species rectè numero singulari proponitur. 2. quod *in l.* 3. §. *genera.* 21. *inf. h. t.* dicitur unum esse genus possessionis. Respondeo non ideò ne-

gari posse species, & ibi conferri possessionem cum titulis & causis possidendi, qui cum valdè multi sint, eorum respectu ipsa possessio una esse dicitur. 3. quod *in l.19.§.1.h.t.* possessio animi & corporis pro una usurpatur. Resp. corpus & animum ibi non species, sed magis modos tenendi & possidendi significare: illud enim falsum quod naturalis possessio solo corpore constet: & utcunque aliquando in uno subjecto naturalis & civilis possessio concurrere possint, nō tamen omnimodo unam possessionis speciem esse efficitur, cum præsertim ille concursus diverso respectu sensu & explicatione admittatur. 4. quod naturalis & civilis possessio simul amittatur, veluti si quis animo tantum se possidere nolle constituat *l.3.§.in amittenda 6.h.t.* Resp. eandem esse fallaciam in possessione ipsa & possidendi modis: siquidem & ipsa naturalis possessio dubio procul animo constat, quæ ut plurimum non nisi approbationis ratione civilis appellari potest: & apparet ex ante dictis in diversis utique subjectis diversas possessionis species existere. 5. Obiicitur quod naturalis & civilis possessio tantum effectibus differre videantur. Resp. tum hoc falsum esse, tum quod etiam aliquando ab effectu species distinguantur. 6. *l.nemo* 10.*C.h.t.* ubi nō nisi una legitima possessio agnosci videtur. Resp. quod ibi dicitur de duplici ratione possessionis, quæ vel jure consistat vel corpore, non ad species sed modos possidendi pertinere: amplius quod ibi de possesione in specie dicta, quæ ad usucapionem habilis est, tractetur: & deniq; quod possesio etiam simpliciter jure civili approbata rectè legitima appelletur. 7. obiicitur Theophili definitio, quod possesio requirat animum domini, nō potest autem dominium esse penes duos. Resp. iam supra probatum, quod ea definitio sit falsa: sed & diversa quæstio esse videtur, an duplex sit possessio, & an penes duos in solidum esse possit. Deniq; obiicitur quod dicamur possidere rem animo & corpore concurrente. Resp. esse duplicem hic ante notatam fallaciam, tum quod vitiose civilis possesio ad solum animū naturalis ad corpus refertur: tum quod species & modi posidendi confunduntur. Existimaverim autem priscos illos interpretes Azonem & Placentinum minimè negasse aut negaturos fuisse, species esse possessionis iuxta sententiam à nobis explicatam, sed disputasse contra Dd. qui malè species distinxerunt & definierunt: & hoc voluisse, unam eandemq; posses-

ſeſſionem eſſe, quæ ſemel ritè acquiſita, & animo & corpore & animo ſolo retinetur.

Vtramq; anima & corpus.] Hoc ambigue dicitur, quoniam & naturalis & civilis poſſeſſio cum ſolo animo tota retineatur, nō poteſt ſimpliciter dici poſſeſſio animo & corpore conſiſtere. Sed ſenſus iſtorum verborum hic eſſe videtur, quod etiam qui corpore à re diſceſſit, verus ſit poſſeſſor. Rectè autem Tr. improbat eos, qui ſimpliciter naturalem à corpore, civilem ab animo definiunt: quoniam quædam eſt & ſpecialis civilis poſſeſſio, quæ ſolo animo non corpore conſiſtit, veluti poſſeſſio debitoris, aut domini in ſervo fugitivo. Pro ut autem naturalis aut civilis poſſeſſio explicetur, ita de hoc ſtatuendum erit: & ex hypotheſi iuxta explicationē Tr. hac de re dubium eſſe non poteſt: ex alia autem hypotheſi vulgatæ opinionis, quod corporalis poſſeſſio conſiſtat in incubatione, rectè illi ſentiunt, qui poſſeſſionem infimam ſpeciem eſſe aſſerunt.

Lit. G.

Species ſunt planè oppoſitæ.] Ex hxpotheſi quod civilis bonæ fidei, naturalis malæ fidei ſit, non videntur ſpecies hæ revera inter ſe eſſe oppoſitæ, ſiquidem vera ſcribit Paul. *in l.* 3. §. 5. *h.t.* in ſumma poſſeſſionis nihil intereſſe, iuſtè quis an iniuſtè poſſideat: neq; bona vel mala fides, videntur variare naturam & eſſentiam poſſeſſionis, ſed ſunt illæ tantum poſſeſſionis qualitates ei accidentes, ita tamen comparatæ, ut in uno ſubiecto non concurrant: cæteroquin iuxta veram explicationem, ſicut obligatio mixta civilis & naturalis, ita quoq; iuxta ſupra dicta naturalis & civilis mixta poſſeſſio in uno ſubiecto concurrunt.

Vnde colligo.] Ait ſe ex præmiſſa explicatione colligere, naturalem poſſeſſionem ſemper iniuſtam & malæ fidei, civilem ſemper bonæ fidei eſſe. Hoc quidem perinde eſt, ac ſi quis propoſita definitione hominis, quod ſit animal rationale, inde colligi diceret, hominem eſſe animal rationale: & nimirum, quod de aliquo prædicatur expreſsè, illud quod inſit ſubiecto, colligi inſubtiliter dicitur. Cæterum iam ſupra oſtendimus hac explicatione civilis & naturalis poſſeſſionis manifeſto labi Tr. dum ſub qualitate malæ fidei tantum, naturalem poſſeſſionem civili putat opponi, aut

si aliter putat, quod arguere videtur verbum, *quatenus*, opinionem suam priorem destruit.

LIT. H.

Nec præter illas sunt aliæ.] Bart. *in l.1.h.t.in prin.n.7.* tertiam speciem possessionis addit, *corporalem:* cuius opinionem ibid. *col.* 13. *inf.* Jas. refert, sed ab omnibus communiter reprobatum esse affirmat. Etenim corporalis quam ei tribuit Bart. qui ingreditur & occupat fundum absentis, non differt à quadam naturali possessione, quam etiam usufructuarius habet: neq;, ut malè Bart. putat, speciem variat, quod alter fructus suos non facit, alter videlicet fructuarius, facit, quoniam hoc non fit beneficio possessionis, sed iuris constituti: sicut & ibid. in eo Bart. errat, quod existimat fructuarium iure naturalis possessionis præscribere ius usufructus: quoniam imò ut rectè Jas. docet, hoc præscribit vigore quasi possessionis, quæ analogicè naturalis & civilis est. Quæ autem in iure nostro aliquando corporalis appellatur possessio, non speciem possessionis, sed modum detinendi, aut apprehendendi possessionem denotat, quo sensu etiam naturalis possessio dicitur *l.1.in pr.l.3. §. Nerva.13.h.t.* Tr. autem qui corporalem sub naturali comprehendit, corporalis possessio malæ fidei possessio erit: quæ procul dubio falsa explicatio est.

Alij addunt quartam.] Improbat hic Tr. speciem quæ à quibusdam addatur, & civilissima appelletur, ex hoc fundamento, quod hæc tantum respiciat modum acquirendi. Atquin falsum hoc videri possit, cum civilissima quæ dicitur possessio, procul dubio consistat in solo animo, quo solo non acquiri possessionem constat: neq; enim puto eo respicere Tr. quod possessio etiam ignorantib. corpore alieno acquiritur, de quo th. 3. qui sanè civilis est acquirendi modus, sed ille minimè à Dd. civilissima possessio appellatur. Est & ille planè civilis retinendi possessionem & possidendi modus in servo fugitivo iuxta *l.13. & 15. h.t.* Et cum per acquisitionem constituatur possessio, & quæ retinetur, possessio sit, fallaciam quis commiserit si quis hinc, quod acquirendi vel retinendi modus civilis est, possessionem eiusdem generis esse negaverit: etenim si citra ullum corporis adminiculum autoritate iuris civilis possessio vel retineatur vel acquiratur, in istis terminis

minis ſubſiſtens poſſeſsio , non naturalis utique ſed civilis futura eſt. Et hanc referente Jaſone *in l. 1. in princ. hoc tit. col. antepen. in pr.* civiliſsimam vocant poſſeſſionem , quæ in caſu raptæ Diaconiſſæ transferri videtur in Eccleſiam *ex l. raptores. 54. Cod. de epiſcop. & cler. verſ. bona autem*, ibi , *omnem proprietatem & plenam poſſeſsionem:* quamvis hæc ſententia quod poſſeſsio omnium rerum raptoris in Eccleſiam ipſo iure tranſeat , ex illo loco neceſſario inferri mihi non videatur: quoniam Juſtin. dividit ibi jus inter ipſam Diaconiſſam raptam, & Eccleſiam: ut illa quamdiu vivit uſumfructum in bonis raptoris, hæc autem proprietatem habeat & plenam poſſeſſionem: Ex quo cum de modo acquirendi poſſeſsionem nihil diſertè exprimatur , facilè quivis intelligit, non eſſe à regula recedendum, quæ ſolo animo aut ipſo iure poſſeſsionem acquiri negat: cæteroquin re vera iſta prorſus civilis eſſet poſſeſsio , quæ etiam citra animum ſola poteſtate juris, tranſiret. Alia ſpecies civiliſsimæ poſſeſsionis à Dd. ſtatuitur , quæ ex ſtatuto in hæredem nulla procedente apprehenſione transfertur: ut apparet ex iis quæ tradit Menoch. 1. rem recup. poſſ. quæſt. 37. num. 392.

THESIS II.

Lit. A.

Tractatur hic de obiecto poſſeſsionis, cuius duas qualitates hic proponit. 1. ut ſit corporale , de quo actum th. præced. lit. D. 2. ut ſit in commercio, quod etiam requirit *Donell. 5. comment. 6.* & probatur *ex l. 23. §. 1. & l. 30. §. 1. h. t.* Sed & utiq; limitandum fuerit, ut obtineat in ſciente: cæteroquin ab ignorante v. c. liberum hominem pro ſervo poſsideri, & per hunc ex re noſtra & operis ipſius poſſeſſionem acquiri dubium non eſt §. *de iis. 4. Inſtitut. per quas perſ. acquir. l. 10. §. 4. de acquir. rer. domin.* Quin & amplius limitandum illud videatur, ut obtineat in poſſeſsione civili, non naturali , quæ meri videtur eſſe facti, rem autem facti ius civile infirmare nequit *l. 1. § furioſus. h. t. l. in bello. 12. § facta, de captiv. arg. § . 2. Inſtit. de ſtipul. ſerv.* idque maximè locum habebit ex eorum ſententia, qui etiam depoſitario & commodatario tribuunt naturalem poſſeſsionem.

Lit.

LIT. B.

Tam mobiles quam immobiles.] Tertia hæc fuerit qualitas ex ſententia Accurſ.ut res ſit immobilis : Accurſ. *in l.1.in pr.h.t.* ubi ait quod res immobiles non videantur propriè poſſideri, quia poſſeſſio dicatur à pedibus: quin nec altera notatio, à ſedibus, rectè convenit rebus mobilibus: ſed nimirum infirmum eſt argumentum à notatione & Etymologia, cum præſertim ut th. præced. notatum, magis illa alluſio, quam vera ſit notatio: ideòq; etiam à Dd. communiter illa Accurſ. opinio improbatur.

Ad quarum poſſeßionem.] Iſtud hinc alienum eſt, de modo acquirendi poſſeſſionem rerum immobilium, videlicet per ingreſſum partis, dummodo ſit animus totum apprehendendi, *l.3.§.1.h.t.* itemq; ut Tr. ſubiicit per ingreſſum unius, quo videlicet reliquarum etiam poſſeſſio apprehenſa intelligatur, ſi modo hæ ſub illa quam quis ingreſſus eſt contineantur. A qua ſententia non video diſſentire *Maſcard.vol.2.concluſ.946.* ſed ex cit. *Vivio comm. opin. 620.incipit poſſeßione unius,* videor mihi deprehendere fallaciam diverſæ quæſtionis à Tr. committi : quoniam hoc ſaltem negat Vivius, apprehenſa una re cenſeri apprehenſam univerſitatem rerum, etiam diverſarum, veluti una re hereditaria apprehenſa, cæterarum rerum hereditariarum minimè apprehenſa intelligitur, idq; veriſſimum eſt: ſed ſi ponas eiuſmodi univerſitatem, qualis traditur *in l. 1.de reb.dub.* ſi videlicet appellatione fundi Meviani plures ſpeciales fundi contineantur, non negabit opinor, Vivius, apprehenſione fundi principalis etiam cæterorum poſſeſſionem apprehenſam videri. Hic autem non obſtat *l.37.in pr.ad Trebell.* quoniam ibi apprehenſione illius rei non poſſeſſio cæterarum, ſed ipſum ius hereditarium apprehenditur, veluti ſi quis animo heredis rem unam hereditariam aut negotium curet, totius univerſitatis heres & dominus efficitur.

LIT. C.

Res certa

Res certa.] Poſſidetur vel totum vel pars: & pars alia dicitur pro diviſo, quæ, ut Zaſ. & alii Dd. *in l.3.§.in certam h.t.* loquuntur eſt certa ratione loci : vel pro indiviſo, quæ ſecundum quid incerta eſt, quoniam non incurrit in ſenſum, certa tamen dicitur ratione

quo-

quotæ, dimidiæ, tertiæ, quartæ, &c. quæ & ipsa quoq; rectè possidetur *l. locus 26. in pr. l. 43. in pr. h. t. arg. l. 4. pro emtore.* Alia est pars simpliciter incerta, ratione loci & quotæ, & hujus partis possessio non est *l. si fur. 32. in f. de usucap.* veluti quicquid Titius possidet *l. 3. §. 2. h. t.* vel quicquid mei juris in fundo est *d. l. locus. 26. §. 1. h. t.* cuiusmodi quidem incertitudo etiam traditionē & apprehensionem impedit *d. l. 26. §. 1.* Obiicitur autem à Zas. hoc argumentum *in d. l. 3. §. 2. n. 14. h. t.* Quicquid vindicatur possidetur: atquin res incerta vindicatur *l. quæ de tota 76. §. 1. de rei vind.* ergo etiam possidetur. Sed est fallacia in propositione maiori, ex qua vitiosè infertur quomodo quicquid vindicatur eo etiam possideri: etenim proponitur in specie *d. l. 26. §. 1. de rei vind.* propter intervenientem Falcidiam non posse vel totum vel pro parte determinata, legatam rem peti, quæ nihilominus tota & certa possidetur ab herede: & fit hoc potestate juris & Falcid. legatum minuentis, ut dominium partis incertæ habeat legatarius, à quo dominio malè infertur ad possessionem, quæ non rei incertæ, sed certæ est penes reum, cuius hic persona potius inspicitur: neq; si incertus est actor quota pars rei legatæ ad ipsum pertinet, propterea reus etiam incertus est quam partem possideat: cæterum in executione, post computatam Falcid. & traditione res satis fit certa: quamvis *ex d. l. 76.* appareat, hoc quoq;, ut res incerta petatur, esse irregulare cum aliâs à petente res petita & quota eius sit designanda *l. 6. in pr. de rei vind. v. etiam hac de re Iason. vol. 2. cons. 147. n. 31. & seq.*

LIT. D.

Aliis possessoribus vacua.] Tertia hæc est qualitas rei, ut sit vacua, nec ab alio possessa, ex ratione *l. 3. §. 5. h. t.* quod duo rem in solidum eandem possidere non possunt. Interest autem hic plurimū quam nam dicamus possessionem & quem possessorem, & an assertionem Paul *in d. l. 3. §. 5.* quod possessio eiusd. rei penes duos esse non possit, simpliciter & præcisè: an de eod. genere vel specie possessionis accipiamus: &, quæ Sabinianorum videtur fuisse sententia, duos quidem naturaliter aut civiliter possidere non posse, sed alterum naturaliter, alterum civiliter possidere posse concedamus. Quo posito sequitur, possideri etiam posse rem non simpliciter vacuam, modo sit vacua eo genere possessionis, quod in alium Res debet esse vacua.

transfertur, vel alius acquirit. Et ſanè admiſſa deſcriptione & diſtinctione poſſeſſionis, qua tradita eſt theſ. 1. negari non poteſt, quin penes duos diverſi generis poſſit eſſe poſſeſſio: veluti naturalis penes creditorē, civilis penes debitorem: Ubi & hoc notandum, quod aliquando, ad effectum uſucapiendi pro poſſeſſore habetur, qui revera amplius poſſidere non videtur, veluti cuius abſentis res ab alio eſt occupata *arg. l. 6. §. 1. h. t.*

Vnde rectè colligitur.] Ait ex eo quod non niſi rei vacuæ poſſeſſio ſit, rectè colligi, quod ſine traditione vacuæ poſſeſſionis dominium non transferatur. Hanc autem cōſequentiam nullam eſſe procul dubio dicet Donel. & omnes qui cum ipſo contrariam ſententiam tuentur, quippe qui ſalva alterius poſſeſſione, per ſimplicē corporalem & momentaneam apprehenſionem dominium acquiri poſſe ſtatuunt, ita ut hac collectione principium peti, & quod illi negant, citra veram poſſeſſionis apprehenſionem dominium acquiri non poſſe, præſupponi videatur: de hac autem quæſtione dictum eſt *diſp. præced. th. 4. lit. D. in F.*

LIT. E.

Ex variis cauſis.] Etiam, ut ſubiicit, iniuſtis. Nimirum cauſa poſſeſſionis quæ illam defendit & tuetur, eſt titulus, qui ambiguè injuſtus dicitur, tum ratione ſubiecti ſi liber, homo vel res ſacra in aliquem translata ſit, quæ in commercium deduci nō poteſt: tum ratione malæ fidei, utcunq; titulus re vera interceſſerit, tum ratione nullitatis contractus, tū ratione abſentiæ omnis tituli, veluti ſi quis per vim aut clam occupaverit poſſeſſionem: quibus omnibus caſibus poſſeſſionis eſſentia adeſt. Illud autē non animadverto, quomodo hinc explicetur *l. 3. §. genera 21. h. t.* & quomodo alterum ad alterius explicationem quicquam conferat: neq; quid intelligat Tr. videtur colligi poſſe ex citatis, *VVeſemb. in parat. hic Donell. 5. comm.* 14. qui nihil aliud, niſi ſpecies aliquas juſtarum poſſidendi cauſarū in *d. l. 3. § ult.* referri docet: ut adeò nihil inde efficiatur, niſi quod non omnes poſſidendi cauſæ ibi exprimantur.

Cauſam verò poſſeßionis.] Non uno loco hæc tanquam veterū regula traditur, neminem ſibi ipſi cauſam poſſeſſionis mutare poſſe *l. 1. § illud. 19. l. 19. § 1. h. t. l. non ſolum. 33. § 1. de uſucap.* quoniam videli-

cet

cet mutatio illa nihil aliud est nisi novæ cujusdam possessionis adeptio, quæ solo animo fieri non potest: hæc enim est sententia illius regulæ quod nemo possit destinatione sua efficere, ut ex alia causa possideat quam ex qua possidere cæpit: cum præsertim hoc omninò plerumq; secum trahat præjudiciũ alterius civilis possessoris aut etiam domini. Hanc autem rem involutissimè Tr. ait tradi *à gl. in l. 5. C. h. t.* Sed gl. per omnes possessionis species & mutationes quid juris sit non usq; adeò obscurè aut ineptè ostendere voluisse videtur: & tractat ibi Accurs. quæstionem sextuplicem. 1. an justa possessio mutetur in injustam, veluti si qui bona fide possidere incepisset postea superveniente mala fide rem celavit, *l. clam. 6. hoc tit.* ubi hinc clandestinum possessorem non effici respondetur. 2. an possessio injusta mutetur in justam, veluti si quis clam possidens, pro domino velit incipere possidere, 3. an possessio nulla possit mutari in aliquam: etenim *gloss. in d. l. 5. Cod. h. tit.* vocat possessionem nullam quam alii naturalis speciem esse putant, veluti coloni depositarii & commodatarii: & hoc modo colonus non potest incipere possidere, veluti ad effectum usucapiendi. 4. an possit mutari possessio aliqua in nullam, veluti ut qui possidet possidere desinat: quod solo animo etiam fieri posse constat *l. 3. §. 6. l. si quis. 17. §. 1. h. t.* verum hæc quæstio sub istam tractationem impropriè refertur: quoniam ut ait JCtus *in l. quod meum. 18. in pr. h. t.* qui desinit possidere, non dicitur sibi mutare possessionis causam, utcunq; talis corporaliter rem retineat. 5. an injusta possit mutari in injustam, veluti clandestina in violentam, qui casus est *l. 6. §. 1. hoc tit.* Et denique 6. an possessio nulla mutetur in nullam, qui casus tractari videtur *in l. 10. h. tit.* Apparet autem omnibus istis casibus excepto quinto, nõ posse fieri mutationem solo animo & destinatione, quę etiã regulæ illius sententia est, sed posse interveniente facto vel alterius qui ius in re habet, vel etiam solius possessoris aut detentatoris. Hinc possessio nulla mutatur in aliquam, si v. c. depositario res vendatur *l. 3. §. sed si 20. h. t.* injusta mutatur in iustam, si titulus à vero domino accedat *l. non solum. 33. §. 1. de usucap.* Hinc facto proprio possessio injusta mutatur in aliam iniustam, clandestina in violentam. *l. 6. §. 1. hoc tit.* & possessio nulla in aliquam, veluti si rem penes se depositam lucri faciendi causa quis contrectaverit juxta *l. 3.*

Nemo titulo possessionis sibi mutare pt.

§. *si rem* 18. *h. t.* item si v.c. colonus negando se colonum sibi possidere incipiat: quomodo etiam naturalis, si ita appellanda est, mutatur in civilem, veluti si emphyteuta canonem negando sibi possidere incipiat, ut tractat *Ias. in l. 2. C. de iur. emphyt. col. 6. ante finem, in ultima parte gl. repellere, fol.* 173. *vers. tertio quærit*, ubi ait non posse præscribere emphyteutam, quamdiu agnoscit directum dominum, sed facto interveniente posse non nuda destinatione, videlicet si negando canonem & ius emphyteuticum, statum rei mutare cœperit: de qua re etiam tractant *Cyn. Salicet. & idem Ias. in l. 2. & 7. C. de præscript. 30. annor.* Et huc pertinet quod Zas. tractat *in d. l. 3. § illud. 19. h. t. n.* 10. non posse quem animo nudo hoc efficere, nisi procedatur ulterius ad actum, veluti in specie *d. l. 3. § si rem* 18. *h. t.* si colonus meus, inquit Zas. constituat se velle possidere fundum pro suo, non mutavit causam possessionis, sed si expellat dominum vel non admittat venientem, per istum actum exteriorem mutata est causa possessionis. Ergo per denegationem pensionum, servitiorum, in emphyteuta, in vasallo, mutatur causa possessionis. Hactenus Zas.

LIT. F.

Ex pluribus causis simul.] Hoc ita proponitur de possessione, & hæc ita dominio opponitur *in l. 3. §. 4. h. t.* neq; tamen nimis laxè accipiēdum est, sed ut intra exempla *d. § subsistatur.* Primum est concursus tituli pro emtore & pro suo: quem titulum pro suo notari oportet, duplicem esse, specialem & generalem: ille dicitur, qui solitarius est, veluti si quis gemmam alterius, quam nullius esse existimat, in litore maris reperiat *arg. l. 2. in pr. pro suo* vel cum nulla iusta causa subesset, bona tamen fide subesse existimatur *arg. l. 3. pro suo.* Hic a. est, qui concurrit cum aliis omnibus singularibus possessionum causis, quæ ad usucapionem habiles sunt, quod aliâs nisi qui pro suo possidet, bona fide possidere non potest. Et de hoc titulo, pro suo tractatur *in d. l. 3. §. 4.* quod concurrat cum titulo pro emtore: & proinde accuratius rem exigenti, non duo hic tituli sed unus tantum re vera esse videatur, siquidem titulus ille pro suo generalis, qualitas magis & accessio aliorum titulorum particularium esse videtur.

Alterum exemplum est, si quis succedat ei qui pro emtore

possi

possidere cæpit: quoniam heres ex persona sua, *pro herede*, sed ex persona defuncti *pro emtore* possidet. Videtur autem & hic titulus pro herede dupliciter considerari posse. 1. tanquã specialis & separatus, veluti si rem defuncto commodatam locatam aut penes eum depositam, atq; ita non hereditariam, pro hereditaria possideat *l.3.pro herede arg.§.2.vers.unde in reb. Inst.de usucap.* 2 ut generalis & aliorum titulorum accessio, veluti si rem quocunque titulo acceptam defunctus possidere & usucapere cæperit, cui titulus generalis pro herede accedit. Cui consequens est, nec in hoc quidem exemplo re vera duos & separatos titulos & usucapionum causas incurrere. Et nimirum si re vera ex duabus separatis causis possessio & usucapio procederet, consequens videretur, ex duabus etiam causis dominium acquiri posse, contra *d.l.3.§.4.h.t.* Et hic tamen non ineptè responderi possit, per distinctionem inter cursum & statum usucapionis: ut scilicet duo tituli allegari possint currente usucapione, sed hæc tamen non nisi vi unius tituli re vera perficiatur: quod præsertim in exemplo posteriori tituli illi duo diversis temporibus sese subsequantur & potestas legis statim impleto ex una causa tempore adiiciat dominium: ut proinde usucapione non amplius currente, sed in statu existente, alteram causam possidendi, cum dominium ex duabus causis acquiri non possit, cessare oporteat: licet in speciem & considerata origine adhuc superesse videatur: quo referendus est textus *in l. 1. in f. pro suo*: de quo pluribus agunt *Ias. & alij Dd. in d.l.3.§.4. h.t.* an videlicet qui ex duabus causis possedit, etiam perfecta & impleta usucapione ex utraq; causa possidere dicatur: quod quidem rectius negare videtur *Zas.in d.§.4.n.13.* etenim aliâs vitiosè opponeret JCtus possessionem & dominium, & hoc non nisi una ex causa acquiri affirmaret. Nihil autem hic obstat *l.4.C.de contrah. emt. in prin.* ibi *titulum possessionis duplicari non potuisse*: vel quia possessio ibi significat ipsam proprietatem, vel quia textus loquitur de casu iam acquisiti dominii ubi frustra & ineptè causa & titulus possidendi duplicaretur.

Lit. G.

Animi & corporis.] Ait possideri res animi & corporis adminiculo accedente. Illud 1. hinc, ubi de rebus tractatur, alienum est.

2. falsum est quod omnis possessio requirat corpus & animum, siquidem quod & ipse Tr. tradit th. præced. lit. F. animo solo possessionem retineri in confesso est, ita ut Tr. modum & rationem apprehendendæ & acquirendæ possessionis, cum ipsa possessione & eius retinendi modo perperam confudisse videatur: idq; tum contra ptoprietatem verborum quibus utitur hac th. dum ait *possideri res corporales certas vacuas, &c.* tum contra methodi legem, quia thes. seq. demum de modis acquirendi possessionem tractare incipit. Quod autē hoc loco intelligat rationem acquirendæ possessionis, arg. est, tum quod aliâs sibi contradiceret, tum subiecta quæstio, quomodo heres acquirat possessionem, tum quod lit. seq. explicat sententiam suam, de corporali apprehensione: & fortassis propositum fuit Tr. hac th. tractare de modis acquirendi, quoniam th. 4. de modis retinendi agit, & th. 3. nō ad modos acquirendi, sed personas potius acquirentes pertinet. Et dicemus ergò ad lit. seq. de acquirendi modis, & simul de ea quæstione quam tractat *Ias. in l. 6. §. 1. hoc tit.* an civilis possessio citra naturalem solo animo citra actum corporis apprehendi possit: quod cum ibid. neget Jason non intelligo quam ob causam in pr. hujus lit. pro diss. citetur: quoniam hoc ipsum videtur velle Treutl. illis verbis, *sive naturaliter sive civiliter possideat*: quod videlicet etiam civilis possessio non acquiratur sine adminiculo corporis: licet hoc ita à Tr. proponatur, ut vix ad rationem acquirendæ possessionis referri possit: licet etiam juxta explicationem Tr. ad quam *th. 1. lit. F.* traditam se remittit, nulla sit ratio dubitandi, quin possessio bonæ fidei regulariter citra actum corporeum non apprehendatur: sed Dd. disputant de alia possessione civili dicta, quæ scilicet ex ipsorum sententia solo animo consistit, de quo dicemus d. lit. seq.

Ad aqrendam possessionem aio et corpore opse.

Vnde verius puto.] Recta hæc collectio est, quod si ad apprehēsionem possessionis animo & corpore opus est, non potest ea ipso jure continuari: quoniam heredem ante possessorem non fuisse constat, & possessionem in defuncto expirasse constat, & in hereditate possessionem non esse itidem constat *l. 1. inf. si is qui test. liber, &c.* nec minus constat aditionem hereditatis non esse modum apprehendendi possessionem: cæteroquin etiam extraneus adeundo possessor fieret contra expressum textum *in l. cum heredes. 23. in pr. h. t.* & contra communissimam omnium opinionem: licet aliqui dissen-

ſentiant,in herede ſuo, in quo tamen æquè militant præcedentes rationes,cum præſertim exiſtentia nuda nō plus operari poſſit quã aditio hereditatis in extraneo. Et mirari licet quid in mentem venerit Coraſ.ut ſcriberet *6.miſcell.12.*nihil eſſe verius, quam quod filiusf.etiam vivo patre intelligatur fuiſſe poſſeſſor bonorum: quo tamen nihil poteſt dici falſius.Et nimis turpis lapſus eſt, quod perſpicuo illud probari putat *ex l.2.§.2.pro herede*, cum tamen plus quã perſpicuum ſit,ibi tractari de re, quam pater vivus ex cauſa donationis in filium tranſtulit,corporaliter, cuius donatæ rei poſſeſſionem naturalem penes filium fuiſſe vivo patre reſpondet ibi JCtus, cujuſq; adeò poſſeſſionis cauſam ſibi mutare & ad effectum uſucapiendi pro herede incipere poſſidere filium poſſe negat. Fruſtra autem vulgatæ huic ſententiæ obiicitur *l.cum miles 30.ex quib.cauſ.maior,ibi,poſſeßio quaſi iuncta deſcendit in heredem.* Etenim præterquam quod ibi agitur de herede extraneo, ad quem poſſeſſionem ipſo jure tranſire omnes negant, perſpicuum eſt, poſſeſſionem ibi dici tranſire junctam in heredem,non quod re vera tranſeat, ſed ſaltem quoad effectum uſucapionis,quæ etiam (quod meri juris eſt) jacēte hereditate continuatur & impletur. Sed indigna hæc Coraſ.opinio eſt,in qua confutanda operæ aliquid ponatur.

Etſi non nego.] Hæc etiam ſententia eſt *Iaſ.vol.2.conſ.* 147.*n.*27. quod ſtatutum ex quo poſſeſſio ipſo iure continuatur in heredem iuſtum ſit & ſervandum,ubi etiam idem aliquot locis ſtatuentem allegat Bald.licet hic in pleriſque ſibi contrarius, *in l.* 1. *C.comm. de legat.nu.*1.neget valere eiuſmodi ſtatutum, ut ſine actu corporeo poſſeſſio tranſeat. Cum autem poſſeſſio res facti ſit,quandam denotans inſiſtentiam,ideòq; primo hactenus admittendum erit tale ſtatutum, ut non tam re vera tranſeat poſſeſſio, quam ut heres effectu iuris pro poſſeſſore habeatur: quod & notat *Iacob. Curt.*1. *coniect.*7. Secundò ut utique non ſit poſſeſſio naturalis ſed civilis, fictione quadam ſubnixa. Tertiò ut ſtatutum pertineat ad res vacuas non ab alio poſſeſſas: quod in terminis tradit *Iaſon. de conſil.*147.*num.*35. ne aliâs obſtet diſputatio Pauli *in l.* 3. §. 5. *hoc titul.* ubi contra naturam eſſe ait, ut duo in ſolidum poſſideant rem eandem: quamvis ſanè, ut hoc obiter addamus, paulò pinguius ibi de poſſeſſione JCtus diſputare videatur contra Sabinianos, qui nihil contra naturam ſe ſtatuere exiſtimabant, dum diver-

diverso genere possessionis duos eandem rem in solidum possidere posse affirmabant.

Quo præsupposito.] Ait isto præsupposito, in heredem testamentarium ut legitimum continuari possessionem. Quod quale sit & quo pertineat, non satis apparet. Licet enim forta ssis ab intestato potentius operetur suitas, quam ex testamento, attamen cum tale statutum simpliciter proposuerit, ex quo possessio in heredem transeat, vix etiam dubitari potest, quin hoc statutum etiam obtinere debeat ex herede testamentario, qui utique revera heres est. Sed nimirum ex citatis, *Pinell. in l. 2. C. de bon. matern. n. 5. & seqq. Alciat. 4. paradox. 7.* colligitur, à Treut. hic committi fallaciam diversæ quæstionis, quoniam hoc tractant illi, an appellatione hereditatis legitimæ etiam testamentaria comprehendatur de quo tractatum est supra *disp. 16. th. 1. lit. B.* Et itaq; hæc quæstio erit, si statutum hoc mentionem fecerit heredis legitimi, an etiam in testamentario idẽ sit futurum. Quod quidem ex circumstantiis decidendum, sed in dubio propter rationis identitatem, & quod testamentariæ quoque hereditates suo sensu legitimæ sunt *l. 130. de V. S.* affirmandum erit. Et poterit cæteris paribus admitti, quod Tr. non obscurè hic existimat, appellatione legitimi heredis, etiam ex proprietate verbi comprehendit testamentarium: licet aliâs hereditas ab intestato, quia proximè & immediatè est à lege, in specie legitima dicatur, & testamentariæ opponatur *l. 3. §. 2. D. pro socio:* quo tamen sensu non deprehendo verbum istud usurpari in textibus hic à Tr. citatis *in l. 57. §. 1. ad Trebellianum l. fin. de instruct. & instrum. leg. l. 40. §. 3. & §. fin. de condit. & demonst.* quin imò nihil prorsus illi textus ad rem faciunt.

Aliud est in legatario.] Limitat istud statutum ex quo possessio ipso iure transit in heredes, ut non habeat locum in legatario. Ubi oportet valdè frigidam subesse dubitandi rationem: quoniam utiq; legatarius non est heres, de quo loquens statutum in terminis proposuerat Tr. Et receptissimum est, quod consuetudines & statuta exorbitantia & derogantia iuri communi, non sint trahenda ne quidem ad similia & in quibus eadem est ratio, tantum abest ut ad diversa extendi debeant vel possint.

Nisi forte filius.] Limitationem suam de legatario declarat, ut non habeat locum, si filius in re certa scriptus sit heres. Et ergo præsuppo-

supponit eum esse legatarium, quod aliâs inepta esset sublimitatio ad limitationem, quæ est de legatario: sed obstat hîc, quod vulgo receptissimum est, *post N.* 115. *cap.* 3. salvo testamento legitimam filio titulo particulari relinqui non posse. Sed & si ponamus legatarium esse filium & subsistere testamentum, non satis inter eum & alium legatarium apparet differentiæ ratio, cum uterq; rem habeat titulo particulari, nec tanquam heres aut filius, sed ut quilibet alius rem capere videatur, ut ipse cit. disputat. *Iac. Curt.* 1. *coniect.* 10. quod si enim Tr. filium hîc haberet pro herede, jam, ut prædictum, inepta futura esset limitatio. Ratio juris, de qua sæpè egimus, ista in re ita se habet: quod aut in re certa scriptus habet cohæredem, & est pro legatario, iuxta notata sup. *disp.* 12. *th.* 1. *lit. A.* aut non habet coheredem, & ipse verus est: & filius quoq; adeò, si non in legitima, quæ pro quota hereditatis rectè explicatur, sed in re certa scriptus sit, & coheredem habeat, pro legatario, & consequenter post Nov. 115. pro præterito habebitur, de qua re actum est supra *part.* 1. *disp.* 13. *th.* 12. *lit. A.* Sed tamen ex sententia Just. *in d. N.* 115. *cap.* 5. satisfactum videtur filio, si modo nudo nomine sit heres, utcunq; nihil præter rem singularem titulo Institutionis habeat, ut notatum d. disp. 13. th. 12. Secundum quod ne illud heredis nomen planè sit sine re, admitti potest, quosdam effectus heredis externos in filio nudè instituto habere locum, ut notatum supra hac *part.* 2. *disp.* 12. *th.* 1. *lit. A. vers. imò etiam filius*, & tamen an iste effectus de quo hic disputatur, filio ita instituto tribuendus sit, non immeritò dubitari possit, quippe quod eiusmodi statutum tanquam correctorium, ad heredem propriè dictum, qui repræsentat defunctum, & in eius ius succedit, meritò sit restringendum.

Lit. H.

Corporis adminiculo accedente.] Agendum hic est de ratione & modo acquirendi possessionem: ubi animo opus esse inter omnes convenit: sed & corporis adminiculum requiri, atq; ita animum & corpus in acquirenda possessione copulativè cōcurrere oportere, lit. præc. in pr. & hac lit. statuit Tr. quæ sentētia probatur his textib. *l.* 1. § 1. *h. t.* ubi dicitur dominiũ ex naturali possessione cepisse: *l.* 3. §. 1. *in pr. eod.* adipiscimur possessionẽ, inquit Paul. corpore & animo, neq; per se animo, neq; per se corpore: *d. l.* 3. §. 3. *in pr.* ubi Neratius

& Proculus negant ſolo animo nos poſſe acquirere poſſeſſionem, ſi non antecedat naturalis poſſeſſio: *l.* 8. *h.t.* ubi Paulus negat ullam poſſeſſionem acquiri niſi animo & corpore: quæ ſententia Pauli repetita eſt *in l. fere.* 153. *de reg. iur.* denique facit huc *l. cum heredes.* 23. *in prin. h. tit.* ex qua probatur non niſi corporaliter apprehenſam poſſeſſionem ad aliquem pertinere poſſe. Solent tamen Dd. ex quibuſdam textibus varias adducere exceptiones, quibus ipſorum judicio ſolo animo poſſeſſio quæratur, & inter eos *Zaſ. in l.* 3. *in prin. h. t.* ex gl. ibid. iſtos caſus tanquam à regula exceptos proponit 1. *ex l.* 1. *§. ſi iuſſerim.* 21. *h. tit.* ſi quis rem præſentem emtam procuratori ſuo tradi iuſſerit. Sed reſpondetur, vel quod ibi ſit actus corporis oculorum, ut ipſe advertit Zaſ. vel quod per procuratorem etiam ignorantes & ita corpore eius acquirimus poſſeſſionem *§. ex his* 5. *Inſt. per quas perſ. acquir.* & priorem reſponſionem ipſe confirmat JCtus in *d.* §. 21, dum ait poſſeſſionem acquiri etiam affectu oculiſque, non tantum corpore & actu. Ex quo notanda ambiguitas phraſis, qua poſſeſſio corpore acquiri dicitur, quæ ſignificat vel apprehenſionem & contactum manuum & ingreſſum in rem ipſam, veluti *in d.* §. 21. vel ſubtilius quemcunque actum & miniſterium corporis, ita ut etiam oculi in hanc rem ſufficiant *l.* 18. §. 2. *h. t.* quo ſenſu phraſis iſta uſurpatur omnibus illis locis, quibus non niſi animo & corpore poſſeſſio acquiri dicitur. Secundus caſus exceptus iudicio Zaſij eſt *ex l. quarundam.* 51. *h. t.* ubi quarundam rerum animo dicimur adipiſci poſſeſſionem, veluti nuda cuſtodis appoſitione ad acervum lignorum. Verum hæc ead. homonimiæ in phraſi prædicta fallacia eſt, & animus ibi apprehenſioni craſſæ, quæ manibus fit aut pedibus, opponitur: quod ipſe JCtus ibid. docet, hanc ipſam dicens eſſe corporis traditionẽ, quod nihil interſit in hac quæſtione, utrum mihi, an cui iuſſi, cuſtodia tradatur: & in genere hic obſervandum eſt, poſſeſſionem corpore acquiri dici, nõ tantum quæ noſtro, ſed etiã quæ alieno corpore apprehenditur, de quo agitur th. ſeq. Tertius caſus Zaſ. eſt *ex l. clavibus.* 74. *de cõtrah. emt. iuncta d. l.* 1. § *ſi iuſſerim.* 21. *in f. h. t* Neq; hic reſpõderi poteſt, viſu apprehendi poſſeſſionem, quoniam licet utrobiq; horreum & cellam vinariam in præſenti eſſe debere proponatur, attamen merces ipſæ & vina, quorum poſſeſſio acquiritur, in præſenti, ita ut oculis videantur, non exiſtunt. Poteſt tamen aliter reſponderi, quod ſufficiat

ap-

apprehensio signi pro re signata, & satis sit videre rem præsentem quæ continet, ut apprehendatur possessio cõtenti, cuius gratia claves tradantur, & quod aperto, ubi voluero, continenti, manib. etiam apprehendere possim. Quartus casus est *ex l. quod meo. 18. in pr. h. t.* ubi dicitur eum fieri possessorem, cuius nomine alius se constituit possidere, ita ut appareat præsentiam illius rei necessariam non esse. Sed ex præmissis responsio hic facilis est, apprehendi eo casu possessionem corpore alieno, siquidem qui ita alieno nomine se possidere constituit ipse possidere desinit. Quintus casus est *ex l. 1. C. de don.* ubi instrumento rei donatæ tradito & apprehenso, ipsa res tradita & apprehensa censetur. Resp. vel quod & hic signum apprehendatur pro re signata, vel quod instrumentum tradens nomine alieno possidere incipere intelligatur: quoniam hoc utiq; præsupponi oportet, & quod res vacua sit, & quod tradens animũ habeat dimittendi possessionem. Sextus casus est *ex l. quisquis. 28. C. de donat.* ubi si quis retento usufructu donet, donatario possessio acquisita intelligitur. Resp. ut antea quod hæc ipsa sit constituti species, & quod hic donator nomine donatarii incipiat possidere.

Atq; hi sunt sex casus, quos ex gl proponit *Zas. in l. 3. in pr. h. t.* quib. ipse quatuor alios addit: & primũ *ex l. 16. de precar.* ubi adoptãs incipit possidere quæ possidet adoptatus. Resp. & hic possit, quod possideat corpore adoptati: sed apparet speciale hoc esse ex ratione *iuris* civilis propter ius potestatis: quoniã sicut pater & dominus dicuntur possidere ea quæ filius & servus tenent, ita eum, qui postea adoptatur & in potestatem alterius redigitur, eandem conditionẽ sortiri necessum est, ut ipso puncto acquisitæ potestatis, etiã possessio acquisita intelligatur. Secundum affert *ex l. raptores. C. de Episc. & Cleric.* ex cuius sanè constitutionis potestate Dd. communiter existimant, possessionem omnium bonorum raptoris in monasterium transire, quam possessionem ideò civilissimam appellãt: qua opinione posita, hanc exceptionem à regula esse fateri oporteret: sed jam ad th. præced. in f. ex d. l. raptores, sententiam hanc communem Dd. non probari ostendimus. Tertius casus Zasii est si princeps alicui concedat v. c. fundum per modum conditæ legis, hic enim citra apprehensionem transferri possessionem existimat Zas. Sed quicquid etiam ille putet, casus hic commentitius est: vel quia valde hoc singulare est, ut princeps per modum legis aliquid con-

cedat, vel quia lex etiam ita operari non ſolet, ut poſſeſſio transferatur. Quartus deniq; caſus Zaſ. eſt de rebus incorporalibus: ſi aliquis controverſia v.c. de juriſdictione mota, ſuccumbat; & hæc alteri adiudicetur, illum qui ſuccubuit, ſtatim juris illius amittere poſſeſſionem, & hanc in alterum Victorem transferri. Hoc quidem non ſatis probatum video, & aliâs ad hanc tractationem de poſſeſſione propriè dicta non ſatis benè accommodari videtur: & habet etiam propriam quandam rationem, quod eiuſmodi jus, ut res corporalis, poſſeſſori auferri & in alium transferri non poteſt. Et dixerim tamen potius, quod victor hic per ſolam ſententiam non fiat poſſeſſor, ſed quod ſententia tribuat ipſi titulum, quo fretus propria autoritate ius ſibi adjudicatum, utendo apprehendere poſſit: cum hoc ipſum ſententia contineatur, ut ab altero in juris illius uſu non turbetur, quo nomine plerumque etiam cautio interponi ſolet.

An corporalis apprehensio ad Possessionem civilem requiratur.

Et hæc quidem ita ſe habent in poſſeſſione naturali vel civili mixta: ſed circa civilem nudam, quam Dd. ex animo ſolo æſtimant, non inelegans controverſia eſt, quam tractat *Iaſ. in l. clam. 6. §. 1. h.t. col.* 8. an ea ſola, atq; ita ſine apprehenſione naturali & corporali apprehendi & acquiri poſſit, ſiquidem eam civilem nudam appellare ſolent Dd. quæ facultate corporaliter rem apprehendendi eſt deſtituta. Et hanc quæſtionem communius à Dd. affirmari citato loco teſtatur Jaſ. eamq; opinionem confirmari duplici exemplo. 1. ſi quis abſentis qui aliquem in fundo reliquit, animo poſſidendi fundum ingrediatur, eum non poſſe adipiſci niſi civilem, quod naturalis ab eo quem abſens reliquit retineatur. 2. quod proprietarius nudus vel dominus directus rei emphyteuticæ vel feudalis, poſſit utique civilem quam habet poſſeſſionem in alium transferre *per l. locum.* 17. §. 2. *de uſufruct.* ubi dicitur quod proprietarius poſſit ſervum noxæ dedere. Et his convenit, quod tradit idem *Iaſ. in §. omnium Inſt. de action. n.* 106. *& ſeqq.* quod ſola civilis poſſeſſio reſtitui poſſit. Et tamen *Iaſ. in d. l. 6. §. 1. col. 9. h. t.* magis probat opinionem Bart. contra communem, quod civilis etiam ſola poſſeſſio ſine corporali apprehenſione non acquiratur, & ita quoad acquiſitionem civilis nuda poſſeſio non detur, ſed naturalem oporteat eſſe conjunctam: quæ etiam ſententia per textus generales ſupra citatos omninò probanda videtur. Neq; obſtat utrumq; à Dd. vul-

go

go adductum exemplum: & quod ad primum pertinet, qui relictus est in fundo ab absente, ipse nullo modo possidet, snd tenet rem nomine absentis, qui ipsius nomine possidere, & naturalem ita quoq; possessionem retinere dicitur: & ea non tam naturalis possessio, quam posidendi modus naturalis, altero ingrediente expirat: ut tamen qui abest, nõ protinus possessionem amittat, nisi ubi primum animum & spem rem apprehendendi deposuit *arg. d. l. 6. §. 1. h. t.* jam enim supra ad th. 1. communem opinionem Dd. circa descriptionem civilis & naturalis possessionis improbavimus. Ad alterum exemplum respondeo, non quod Jas. civilem possessionem solam nõ quidem occupari, sed tamen volente eo penes quem est in alium transferri posse: sed potius falsum esse, quod proprietarius nudus nudè civiliter & solo animo possideat: quin imò ille simul naturalem possessionem habet, & facultatem, salvo fructuarii jure in fundo morandi, apprehendendi, & quocunque modo vult, in alium transferendi. Ubi notandum quod civilem possessionem nudam duplicem videantur facere Doctores alteram quæ ita consistit animo, ut tamen facultas rem corporaliter apprehendendi adsit: alteram quæ facultate illa apprehendendi est destituta: ex quibus illa non rectè dicitur civilis tantum, sed hæc rectè talis dicitur, cuiusmodi dominus habet in servo fugitivo: cuius generis possessio non vera, sed fictione juris quoad quosdam effectus recepta & subnixa possessio est. Illud autem falsum puto, quod dominus directus rei emphyteuticæ vel feudalis ullam omninò habeat possessionem, de quo in seqq. aliquid dicetur: sicut & illud falsum existimo, quod Jas. scribit *in d. § omnium Inst. de act. n.* 106. eum etiam qui ita civiliter possidet, ut rei restituendæ non habeat facultatem, rei vindicatione conveniri, & ad restituendam nudam illam civilem possessionẽ condemnari posse: neq; enim ulterius hic ad summum conveniri potest, quam ut actiones suas cedat. Ex quo existimare licet, decipi & illos, qui nudam civilem possessionem, quam dominus in servo fugitivo retinet *l. 13. & 15. h. t.* per quem etiam possessionem acquirit *l. 1. §. per servum 15. h. t. l. 25. inf. de liberal. caus.* in alium transferri posse putant: etenim longè diversa est retinendi & acquirendi possessionem ratio: illud facilius est: hoc difficilius, neq; nisi interveniente corporis aliquo ministerio contingit. Illud quoque

jam ſupra falſum eſſe oſtendimus, quod aliqui exiſtimant, eum qui decretum ſecundum impetravit, etiamſi admiſſus non ſit civiliter poſsidere.

Reſp. ad ll. contrarias.

Jam, ne quid omittatur, paucis excutiamus textus qui ſuperſūt apud Tr. & an iis, quod poſſeſsio ſolo animo acquiratur, probari poſsit, videam⁹. Primus ex illis eſt *in l.18.§.2.h.t.* ſed ibi oculis apprehenditur poſſeſsio, quæ etiam reſponſio eſt ad alterum *in l. pecuniam 79. de ſolut.* ubi in præſenti propoſita fuit pecunia ad verbum *corporaliter* aut pinguius uſurpatur, aut ideò poſitum eſt, ut intelligamus tum demum oculis acquiri poſſeſsionem, ubi res alio poſſeſſore vacua eſt. Ad tertium textum *in l.9.§.6. de acquir. rer. dom.* in quo de clavium traditione agitur, jam ante reſponſum eſt, quoniam idem caſus tractatur *in l.74. de contrah. emt.* pro qua errore typographi citata eſt apud *Tr. l.* 47. Quartus textus eſt *in l.9.§. ult. de reb. cred.* Sed facilis eſt reſponſio, quod ibi res iam corporaliter erat penes tertium, quo reſpectu dicitur animo incipere poſsidere, quoniam mutatur cauſa poſſeſsionis extrinſecus per contractum ſequentem ſive mutuum *d.§. ult.* ſive venditionem *§. interdum.* 44. *Inſt. de acq. rer. dom.* ita ut nova traditione opus non ſit, & re vera ex nova cauſa per fictionem brevis manus corpore poſſeſsio apprehēdi intelligatur. Quintus textus eſt *in l.2. pro ſocio.* Reſp. quod hoc operetur confuſio bonorum & communis eorum uſus. Sextus deniq; textus eſt *in l. quamvis.13. de bon. autor. iud. poſſid.* Sed non alius illius loci ſenſus eſt, quam quod creditor qui poſſidere iuſſus eſt, utcunq; illo tempore nulla ſint bona quæ poſsideri poſsint, tamen ſi quæ poſtea eſſe incipiant, vigore præcedentis decreti ea apprehendere queat: & quod ad aliquos effectus creditor pro poſſeſſore, vel potius bona ꝑ poſſeſsis, fortaſsis ut ſequente ſecundo decreto vendi poſsint, habeantur.

THESIS III.

LIT. A.

Continuatur hic præcedens tractatio, de ratione acquirendæ poſſeſsionis, ſed, ut videtur, nec accuratè nec plene ſatis. Apprehēdimus poſſeſsionem vel ipſi animo & corpore noſtro, qui principalis modus eſt: vel per alios & corpore aliorum, & hoc aliquando ſine animo noſtro, aliquando animo noſtro concurrente, & utrūq;

vel

vel ſimpliciter vel ſecundum quid, ut ex ſeqq. patebit. Et diſtinguere hic ſolent Dd. *in l. 1. §. per procuratorem 20 h. t.* quod quædã acquirimus per actum civilem, veluti obligationem & actionem, & hoc tantum & per hos ipſos vel noſtrę poteſtati ſubiectos *l. ea quæ. 53. de acquir. rer. domin. argum. l. 11. de Obl. & Act.* extra caſus exceptos ſingulares, de quibus agitur infra *diſput.* 27. vel per actum naturalem, veluti per apprehenſionẽ poſſeſſionis, quam etiam per perſonas non ſubiectas acquirimus, illis ſuam operam nobis accommodantibus *d. l. 53. & §. pen. Inſt. per quas perſon. acquir.* Porrò Tr. initio hic repetit, quod in f. th. præced. dixerat, acquiri poſſeſſionem per noſmetipſos, corporis & animo adminiculo intercedente. Deinde ead. lit. tractat de furioſis & pupillis. Et de furioſis res certa videtur, quod cum animus qui principaliter requiritur, nullus in illis & nullum mentis ſit iudicium, etiam non poſſint acquirere poſſeſſionem: & quidem nec curatore autore, cum nihil hic ſit quod curator ſuppleat: & in genere traditur, furioſum nihil prorſus, ſed curatorem ſolum nomine eius gerere & agere poſſe *arg. l. 1. de bonor. poſſeſſ. furioſ.* Ideoq; quod Tr. ait *in verſ. imò amplius*, quod furioſus ne quidem tutore autore poſſeſſionẽ inchoet, correctionis loco accipiendum eſt, ad illud quod initio lit. dixerat, furioſos vel infantes ſine tutore non poſſe incipere poſſidere: ex quo aliâs à cõtrario ſenſu inferri potuiſſet, quod furioſus autore tutore vel curatore potius poſſeſſionem apprehendere queat. Et ita quoq; explicandus eſt JCtus eod. modo loquens *in l. 1. §. furioſus. 3. h. t.* ut videlicet inde non procedat argumentum à contrario ſenſu: idque argumento *ver. ſeq.* ubi dum pupillum autore tutore poſſe incipere poſſidere ait, non obſcurè pupillum furioſo opponit: & Zaſ. *in l. 1. § adipiſcimur. 2. h. t. n. 5.* exiſtimat *in pr. d. §. 3.* à JCto ex ea cauſa factã eſſe mentionem tutoris, ut tantum comprehenderetur pupillus, non furioſus, qui non tutorem ſed curatorem habet: & non incommodè verba illa JCti, ita explicari & diſcingi poſſunt: *furioſus incipere poßidere non poteſt, pupillus ſine tutore incipere poßidere non poteſt.* Et errat igitur Duaren. *in d. l. 1. §. 3. hoc tit.* ubi putat rectè acquiſitam videri poſſeſſionem, ſi furioſo aliquid in manu ponatur & curator illud approbet: in quam ſententiam duabus rationib. movetur. 1. quod tutore autore poſſit acquirere poſſeſſionem infans, qui nõ videtur differre à furioſo. 2. quod nihil interſit, an furioſus

An furiosus acquirat possessionem

ſus

ſus apprehendat rem curatoris conſenſu, an curator ipſe nomine furioſi. Sed reſpondetur ad primum, vitioſam eſſe comparationem furioſi & infantis, cui nihil obeſt præter ætatē, & in quo ſanè qualis qualis affectio ad rem eſſe poteſt & ſolet. Ad ſecundum, quod licet effectu parum interſit, re ipſa tamen intereſt, & repugnat ratio, ut quis dicatur auctor fieri vel conſenſum accommodare ei, qui nihil prorſus agere intelligitur.

De pupillo res minus expedita eſt: & ſiquidem ſit proximus pubertati vel egreſſus infantiam, etiam ſine tutore rectè acquiret poſſeſſionē *l. quamvis 32. in f. h. t.* cum & aliâs ſine tutore cōditionem ſuam meliorem facere poſſit. De infante reſpondetur *in ead. l. 32. §. 2.* quod tutore autore poſſit incipere poſſidere: ita tamen ut hoc dicatur utilitatis gratia receptum, quod aliâs nullus videatur ſenſus eſſe in infante, id eſt animus nanciſcendi poſſeſſionem: videlicet qualis eſt in aliis pupillis, adeſſe enim aliquid, probat idem textus, dum ait iudicium infantis ſuppleri autoritate tutoris, quo ipſo diſtinguitur à furioſo, & vel hinc Duareni ſententia evertitur. Sed obiicitur hic *§. 9. Inſt. de inutil. ſtipul.* ex quo videtur colligi quod infantes nec cum tutoris autoritate contrahere, nec ſine eo alios ſibi obligare poſſint, quoniam initio regula de pupillis, & inde exceptio de infantibus proponitur. Reſponderi poteſt, non eandem videri utriuſq; rationem, neq; quod infans ſolus alios ſibi obligare non poteſt, inde effici quod etiam poſſit nihil facere & cum tutore: deinde quod ſpeciale videatur eſſe in poſſeſſione, ut ea facilius tutore autore acquiri poſſit, vel quia non niſi lucrum continet, vel quia poſſeſſio magis facti eſt, vel quod hoc contra ſtrictam iuris rationem utilitatis cauſa receptum eſt, ut ait JCtus *in d. l. 32. §. 2. h. t.* ſicut & infans tutore autore pro herede gerere poteſt *l. 65. §. pen. ad Trebell.* Ex quibus colligitur errare Obrecht. qui *diſp. 2. de materia poſſeſſionis th. 366. d. l. 32.* accipit de eo qui proximus eſt infantiæ, id eſt qui infantiam egreſſus eſt, eo quod in vero infante nullum ſit judicium. Etenim verba in dubio propriè ſunt accipienda, & in iure noſtro, *& in d. §. 9. Inſt. de inut. ſtipul. & in l. 32. h. t.* pupillus & infans, infans & infantiæ proximus ſibi opponuntur, & infans pro eo accipi ſolet, qui non intelligit quod agit, velut *in l. ſi infanti. Cod. de iur. delib. l. 65. § pen. ad Trebell.* & cum *in l. 1. § 3. h. t.* pupillus qui intellectum aliquem habet, ſine tutore apprehendere poſſit poſſeſſionem,

nem, ratio suadet ut plus possit pupillus cum tutoris autoritate, adeoq; talis pupillus, qui non satis intellectus habet: & aliâs communis illud potius juris, quam utilitatis gratia receptum dicendum esset. Nec facit pro Obrechto *tit. de bonor. poss furioso pupillo, &c.* neq; enim inde omnimoda comparatio infantis & furiosi probari potest, cæteroquin etiam surdos, mutos, cæcos cum furiosis quis ridiculè comparaverit. Nec movet quod Obrecht. urget, nullum esse infantis judicium: quoniam satis est adesse judicii principium, sed in furioso nec scintilla quidem judicii est, & nihil quod per curatorem suppleatur.

Quin amplius etiam sine tutore ab infante apprehendi posse possessionem, non obscurè probatur *ex l. 3. C. h. t.* ubi dicitur rerum donatarum possessionem infanti corpore quæri. Et Tr. quidem textum illum vult referri *ad d. l. 32. h. t.* atq; ita explicari de casu quo intervenit autoritas tutoris: pro qua explicatione ita disputari potest, quod cum Imp. *in d. l. 3.* dicat, fuisse circa hoc autorum opiniones dissentientes, vix tamen videatur aliquis existimasse, quod infans sine tutore acquirere potuerit possessionem: maximè cum Paul. *in d. l. 32. h. t.* expressè scribat, hoc ipsum, ut cum tutore pupillus incipiat possidere, benignè & utilitatis gratia receptum esse, ut proinde ulterius procedi, & infanti sine tutore ius acquirendi possessionem concedi non posse videatur: quod præsertim plus hic requiri videatur, quam in contrahendo, ubi non tam aliquod judicium aut intellectus pupilli, sed voluntas & verba alterius, eum faciunt obligari pupillo, possessio autem sine judicio & affectu acquiri non potest. Sed verendum est, ne *d. l. 3. C. h. t.* hanc explicationem non admittat. 1. quod *in d. l. 3* dicitur, corpore quæri possessionem, concurrente autem tutore & defectum supplente, etiam animo acquiri videtur possessio. 2. quod *in f. d. l. 3.* Imp. ait, si negemus ab ipso pupillo acquiri possessionem, propter defectum animi & judicii, sequuturum, quod nec eam possit acquirere cum tutore: quod scilicet ubi quid agit pupillus autore tutore, ipsum quoq; cooperari necessum est: ita enim explicandam puto illam collectionem Imp. non ut alii, de tutore solo & per se acquirente possessionem pupillo: qua explicatione stante, argumentatio & illatio Imp. nullius momenti futura esset; siquidem quilibet extraneus procurator ignoranti acquirere possessionem potest. in-

Oo

telligenda autem est illa collectio procedere in casu ubi tractatur de conditione infantis facienda meliori: quamvis ut ne quid dissimulem, consequentia ista accurata satis non sit, quippe ex sequatur, quicquid potest pupillus cum tutore, etiam posse sine tutore, contra *l.1.§.3.& l.32.h.t.* & verò facilius est ut quicquid illud est iudicii vel intellectus in infante, aliquid operetur cum tutore, quam solum, & autoritate tutoris destitutum. Sed & 3. si requireretur animus tutoris, frigida fuerit ratio dubitandi in pr. d. l. 3. *licet non sit plenus affectus.*

explicao l.3. C.h.t.

Hanc autem opinionem, quod *l.3. C.h.tit.* sit explicanda de infante sine tutore possessionem acquirente, etiam probat & defendit Duaren.*ad l.1.h.tit.vers. sed furiosus & pupillus.* ubi rectè etiam monet non esse illud universale, sed speciale: & nimirum hæ circumstantiæ in rescripto Imp. *in d.l.3.* expendente occurrunt. 1. quod res fuerit donata non ex causa venditionis, vel alterius id genus conventionis, tradita: & nimirum traditio ex his causis videtur in se habere tacitam aliquam conditionem, sed ex donationis causa res simpliciter & purè traditur, & in tradente plenus est animus dimittendi possessionem, ut tanto facilius possessio in alium, in quo qualiscunq; tandem affectus est, transire possit, *arg.l.18.§.1.h.t* 2 quod *in d.l.3.* dicitur non plenus adesse affectus: ut hinc aliquem saltem esse colligatur: ideòque quod in *l.32.h.t.* nullus esse sensus dicitur, non simpliciter sed secundum quid, & comparatè ad pupillum alium est accipiendum. 3. quod in d. l.3. proponitur donata res mobilis, aliud enim procul dubio fuerit in re immobili. 4. quod eiusmodi res mobilis donata intelligenda sit, ad quam etiam infans possit habere affectionem: idque Bart. intellexit in *d.l.1.§.adipiscimur.h.t.* quem ibid. col. 4. sequitur Jas. qui jocalia infanti donata fuisse proponit. Porrò dissentientes hac de re sententias, quarum mentio fit *in d.l.3.* ferè etiam admittit Charondas, 2.*verisim.6.* & *in d.l.1.§ 3. h. t.* refertur quorundam sententia qui contra alios, pupillum modo alicuius intellectus esset simpliciter statuebant sine tutore acquirere posse possessionem: quo facit & illud quod *in l.32.h.t.* utilitatis gratia hoc receptum dicitur, ut proinde aliquos ex stricta iuris ratione dissensisse sit probabile. Et igitur absurdè Obrecht. *dict. disput. 2. de mater. possess. th. 368.* explicat *d.l.3. Cod. h. tit.* non tantum de casu in-

terpe-

terpositæ autoritatis tutoriæ, sed etiam de casu pupilli infantiam egressi: & utitur duplici ratione. 1. quod nemo prudentum existimare potuerit, ab infante sine tutore acquiri potuisse possessionem. Respond. sufficere quod circa hanc tractationem in genere de pupillo infante & infantiam egresso, cum & sine tutore rem apprehendente, fuerit disputatum, ut non absurdè Imp. *in d. l. 3.* dissentientes autorum opiniones potuerit allegare, & concurrentibus supradictis circumstantiis pro infante respondere. Secunda ratio Obrechti est quod Decius Imp. ideò possessionem infanti acquiri rescribat, quoniam etiam per tutorem ei acquiri possit: hoc enim perinde esse ac si dicat: si tutor solus infanti possessionem quærere potest, ergo multo magis adhibito infantis facto. Verum hoc etiam admissum nihil ad propositum facit, neq; probat quod *l. 3. C. h. t.* de infante egresso infantiam, in quo ipso tamen quædam inest contradictio, sit accipienda: multo minus quod de pupillo infantiam egresso & cum tutore possessionem apprehendente. Sed & illam consequentiam male se habere probatur tum exemplo furiosi cui acquirit curator, licet ipse furiosus cum curatore nihil acquirat: tum exemplo infantis, cui tutor solus hereditatem acquirit *l. si infanti 18. Codic. de iur. deliber.* Sed & ante diximus, non ita concludere Imp. ut fingit Obrecht. sed ita potius, quod si infantem sine tutore possidere negamus, etiam negandum sit, quod tutore autore acquirat possessionem.

LIT. B.

Tum per alios.] Ut per alios nobis acquiratur, tria requirit Tr. 1. ut illi habeant animum possidendi. 2. ut acquirant nostro nomine. 3. ut nobis volentibus. Primum certum satis est quia *l. 1. §. 9. h. t.* citra animum nulla potest acquiri possessio: quamvis Tr. intelligere videatur, ut & habeant animum nobis possidendi: quod non multum distabit à sequenti, ut nostro nomine rem apprehendant: qua tamen in re ex seqq. apparebit, aliud in homine libero videlicet procuratore, aliud v.c. in servo obtinere. Alterius ratio est, quod, ut ante dictum, ita acquirimus possessionem per alios, dum hi actu illo naturali operam suam nobis accommodant *l. 1. §. 1. hoc tit.* quod si adeò aut sibi aut alii apprehendunt, dum operam suam nobis non dant, nec possessionem nobis acquirunt, Quomodo p. alios acq. [handwritten margin note]

adeò quidem, ut hoc quoq; in servis obtineat *l. 1. §. hac quæ. 19. h. tit.* Tertium, quod voluntate nostra acquiri possessio debeat, *l. ea quæ. 53. de acquir. dom.* ambiguè dicitur, quia legitimus nō tantum per servos, sed etiam per procuratorem ignorantibus nobis acquiri possessionem *§. pen. Inst. per quas pers. nob. acquir. l. possessio. 49. §. ult. h. t.* Sed nimirum hæc contraria non sunt, acquiri ignorantibus, & tamen volentibus nobis: quoniam illud refertur ad ipsum tempus & actum apprehensæ possessionis: hoc autem eo, quod voluntate nostra geritur actus ille vel contractus, ex quo possessio traditur: & voluntas hæc sufficit vel generalis, velut in servo, de quo mox, vel specialis v. c. de emendo, velut in procuratore, cæteroquin ratihabitione opus est *l. communis 42. §. 1. h. t.*

Etiam qui in fuga sunt.] Ampliat statim, quod de servis dixerat, antequam, quod facere debebat, qualiter se jus in servis haberet, præmitteret. Ampliatio autem est, quod per servos etiam fugitivos acquiramus possessionem: & nimirum jam supra diximus, possessione merè civili servum qui in fuga est, possideri, ne ipse nos privet possessione sua *l. 13. inf. pr. h. t.* & sui ipsius intervertat possessionem, qui aliarum rerum non potest *l. 15. inf. h. t.* ideòque multò magis civilis erit possessio earum rerum, quas servus fugitivus apprehendit. Et apparet hanc rem olim inter JCtos fuisse controversam, *ex l. 1. §. per servum qui 14. h. t.* & Nervam existimasse, quod per ejusmodi servum aliarum rerum possessionem non acquireremus: quoniam hoc ut ipsum possideamus, benignè & utilitatis gratia receptum, & proinde non sit extendendum. Contraria sententia placuit Cassio, qui putavit acquiri possessionem per servum fugitivum, perinde ac per eum, qui in provincia esset: quæ comparatio licet pressius intuenti paulò insubtilior videri posit, attamen Cassij opinionem approbatam fuisse, colligitur *ex l. si cui. 25. inf. de liber. caus.* ubi simpliciter dicitur placuisse, quod etiam per servum fugitivum acquiramus possessionem. Limitatur tamen hæc opinio 1. nisi servus fugitivus ab alio sit apprehensus, quod proponitur *in d. §. 14.* nec improbatum legitur, & confirmatur ea ratione, quam dedimus th. 1. tamdiu rem possideri, quamdiu eius apprehendendæ aliquam saltem habemus facultatem aut spem, quæ penitus & tota cessat, ubi fugitivum servum alius possidere cæpit. Altera limitatio traditur *à Ias. & aliis d. l. 1. §. 14. h. t.* ut dum demū per servum

fugi-

fugitivum acquiramus possessionem si ille nobis acquirere velit, per textũ *in d.l.1.§.hac qua 19.* ubi generaliter dicitur, per servos ita acquiri possessionem, si & ipsi nobis acquirere velint. Quod tamen scrupulum recipit, quoniam servus fugitivus, domino cui se subduxit, animum acquirendi possessionem nõ videtur habere. Ideoque hoc ita explicandum erit, ut non acquiratur domino, si nominatim alii possessionem acquisitam velit *per d.§.19.* absurdum enim sit plus iuris habere dominum in servo fugitivo quam non fugitivo: cæterum non requiri, ut nominatim domino possessionem acquisitam velit, sed sufficere si modo simpliciter rem apprehenderit, ne eludatur jus, quod per servum fugitivum domino vult acquiri possessionem. Et ita explicandus est *d.* §. 19. & sententia JCti initio proposita, acquiri possessionem domino per servum si velit nobis acquirere, declaranda ex eo quod statim sequitur, nõ acquiri possessionem domino, si servus eam non ipsi sed Titio acquirere velit. Et hinc non accipienda est Duar. sententia qui *in d.*§. 14. tum demum possessionem per servum fugitivum nobis acquiri putat, si servus habeat animum revertendi. Cæterum huic sententiæ, quod per servum fugitivum acquiramus possessionem rerum, quas ipse apprehendit, omninò obstare videtur quod Pomponius scribit *in l. si servus 15. de publ. act.* si servus meus, ait JCtus, in fuga rem à nõ domino emat, publicianam competere, licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sim. Et Zas. in sæpe *d.§. per servum.* 14.*l.* 1.*h.t.* fatetur sibi non occurrisse contrarium difficilius. Gloss. respondet quod ibi servus ab alio fuerit possessus. Aliter divinat Zas. quod servus non habuerit animum domino acquirendi possessionem. Sed præterquam quod hæc divinatoria sunt, illud etiam obstat, quod his præsuppositis non videatur locus esse publicianæ, quæ non solet dari nisi ei qui possessionem semel acquisivit, & est in conditione usucapiendi. Duaren. ibid. negat hoc dici à JCto *in d.l.*15. quod domino non possit acquiri possessio, sed hoc saltem quod ipsi competat publiciana. Verum imò illud satis expresse ibi dicitur, quod per servum in fuga non acquiramus possessionem, neque aliud ex eo textu colligit Zas. neque minus ad easd. divinationes delabitur Duaren. quod aliquando nobis per servum fugitivum non quæratur possessio, ut nihilominus locus sit publicianæ: ubi idem obstat quod non acquisita posses-

sione publiciana competere non videtur; quamvis aliud, & etiam non adquisita possessione publicianæ locum esse posse, *ex d. l. 15.* notet *Iason in d.l.1 §. item acquirimus. hoc tit. col. 4.* Et rectius fortassis quis dixerit, *in d. l. 15. de public. action.* intelligendam esse possessionem naturalem (& corporalem possidendi modum) quæ per servum fugitivum non acquiritur, sed nuda civilis, quandoquidem ipsa possessio quam in servo fugitivo dominus retinet, merè est civilis, ut tanto magis talem esse oporteat earum rerum, quas servus fugitivus apprehendit.

An per pignoratos?

Non etiam pignoratos.] De his responsum est *in l. 1. §. per servum corporaliter. 15. h. tit.* quod nec debitori domino nec creditori per eos possessio acquiratur. Hoc ideò quia nihil ex quacunque causa eiusmodi servus acquirit creditori, à quo tantum in securitatem crediti possidetur. Illud ideò, quia possessio horum servorum, non est penes debitorem. Ex quo sequitur, aliam dominii, aliam possessionis esse rationem: quoniam illud acquirimus, ut maximè servus alteri illud acquisitum velit, non autem hanc, ut paulò ante dictum *ex l. 1. §. 19. h. t.* itaque hoc casu per servum pignoratum debitor dominium quidem, sed non possessionem acquiret: & consequenter non nisi per eum quem possidemus, acquiremus possessionem. Rectè igitur ita colligitur: non acquiritur mihi per aliquem ex contractu, ergò nec possessio: sed non ita: acquiritur mihi ex contractu dominium ergo etiam possessio: atque hinc fortiter probatur, quod debitor rem pignoratam non possideat, de quo dicemus th. seq. Hanc autem propositionem, quod creditor per servum pignoratum non acquirat possessionem, ex Dd. limitat *Ias. in d. §. 15.* nisi pro ea quantitate pignoratus fuerit servus, ut nulla sit spes luitionis. Quam limitationem falsam esse existimo, vel quia hoc non potest variare naturam pignoris, vel quia nō potest adeò magna esse summa, pro qua servus pignori est obligatus, & omninò totum hoc de extante vel sublata spe luendi, est incertū. Neq; obstat citata *á Ias. in l. qui habebat 101. de legat. 3.* (de qua etiam aliquid dictum supra *disp. 1. thes. 2. lit. D.*) etenim possunt intelligi res pignoratæ in patrimonium creditoris redactæ, certis & legitimis modis: vel si existimet quis nullam esse hic rationem dubitandi, & bona autoritate privata creditoris in patrimonium ipsius redacta fuisse contendat, dicam, vel quod imò re vera ita reda-

cta

cta ibi non intelligantur, sed tantum ad eum effectum, ut contineantur legato, & veniant appellatione rerum possessarum, salvo tamen jure debitoris: vel quod illud eo solo casu procedat, quo debitor post longam moram rem quasi in solutum reliquit creditori, & hic desperata solutione, rem eam pro suo possidere cœpit.

Non hereditarios.] Hæc regula ita traditur *in l. 1. § veteres 16. h. t.* quod veteres putaverint, non posse nos per servum hereditarium acquirere, quod sit eiusdem hereditatis. Sed quæ vera sententia & ratio eius regulæ, non est in proclivi. Accurs. quem sequuntur Bart. Jas. & vulgo Dd. accipiunt illam regulam de casu nondum aditæ hereditatis, quo scilicet re vera servus adhuc dicitur hereditarius, cum adita hereditate jam sit heredis, de quo tractatum est supra *part. 1. disput. 14. th. 1. lit. D.* quo facto non dubitant, quin per servum qui hereditarius fuit quodcunque tandem acquiri possit & iuxta hanc explicationem perspicua & certa ratio est, propter quam jacente adhuc hereditate per servum cuius nec dominium nec possessionem habemus, nobis possessio acquiri nō possit. Et potest hæc explicatio triplici ratione confirmari. 1. quod non potest aut vix certè potest dari ratio, cur per servum qui adita hereditate heredis pleno jure effectus est, quarumcunq; rerum possessio acquiri non possit, cum præsertim possit per unum ex pluribus servis legatis, cæterorum possessio acquiri. 2. quod hæc regula non tantum videtur pertinere ad possessionem, sed etiam ad dominium: quoniam ita in genere cōcepta est, quod per servum hereditarium, nihil quod hereditatis est acquiri posit *d. l. 1. §. 16. h. tit. l. per servum. 18. de acquir. rer. dom. l. heres. 43. de acquir. hered.* ex quo inferri licet quod hæc regula accipienda sit de casu non aditæ hereditatis, quoniam ea adita omnium rerum dominium heredi quæritur, ut de eo per servum amplius quærendo frustra disputetur. 3. per *d. l. 18. de acquir. rer. dom.* ubi dicitur quod per servum hereditarium non posit acquiri pars hereditatis, maximè ipsa hereditas: atquin de acquirenda ipsa hereditate non nisi ante aditam hereditatem quæri & tractari potest.

Sed ex adverso non pauciora imò plura urgent, ut dictam regulam de servo per aditam hereditatem jam acquisito intelligamus. 1. quia aliàs re vera sit cavillatio in verbo, *hereditarii.* 2. quoniam *in d. l. 40. de acquir. hered.* non obscurè videtur heres, sicut

ſicut in dubio, ſignificare eum, qui acquiſivit hereditatem, & inconcinnè ibi quæreretur de parte hereditatis aut re hereditaria, niſi acquiſita hereditas fuiſſet. 3. Quia regula proponitur in ſpecie de rebus hereditariis, inter quas & non hereditarias poſito caſu non aditæ hereditatis vix eſſet differentia. 4. Quod ita regula eſſet de indubitabili: ſiquidem conſtat per eum ſervum, cuius nec dominium nec poſſeſsionem habemus, non acquiri nobis poſſeſsionem, cum nec dominium quidem ſufficiat *per l.* 1. §. 15. *h. t.* ubi negatur debitori, per ſervum pignoratum acquiri poſſeſsio. 5. & præcipuè facit, quod JCtus *in d. l.* 1. §. *veteres.* 16. propoſita regula ſuperiori quærit, an ea latius, ad ſervos plures legatos emtos vel donatos ſit producenda. Atquin quæſtio hæc de ſervis pluribus emtis donatis non poteſt habere locum niſi acquiſito dominio, aliâs falſum eſſet, quod per ſervum unum reliquorum poſsit apprehendi poſſeſsio & ergo etiam regula illa de ſervo cuius dominium acquiſitum eſt, erit accipienda: quod aliâs vitioſa JCti futura ſit diſputatio. Et hæc poſterior ſententia potior videtur, quam poſt alios citatos probant & ſequuntur *Caſtrenſ. Zaſ. & Duaren. in d.* §. 16. Et Jaſ. ut maximè ſe torqueat, vix quicquam habet quod reſpondeat, niſi ad rationem quartam hanc eſſe rationem dubitandi, quod ſervus adhuc iacente hereditate, eo quod fictione iuris aditio cum tempore mortis continuatur, heredi futuro ſtipulari poteſt. *l. ſi ex re* 28. §. *ult. d. ſtipul. ſervor.*. Verum ita non tantum de rebus hereditariis, ad quas tantum hæc regula pertinet ſed aliis quoque dubitari potuiſſet, neque veriſimile eſt dubitaſſe JCtos, quin per ſervum iacente hereditate, poſſeſsio quæ facti eſt, non potuerit acquiri heredi futuro: ſiquidem quoad poſſeſsionem non repræſentat defuncti perſonam hereditas, quæ ipſa nihil poſsidere poteſt *l.* 1. §. *Scævola* 15. *ſi is qui teſtam. lib. &c.* Neq; obſtant tres ſuperius adductæ rationes: non prima, quod regulæ iſtius de caſu aditæ hereditatis explicatæ, non videatur ulla ſolida ratio dari poſſe: etenim multa ſunt in iure noſtro ex antiquitate recepta, quorum non apparet certa ſatis ratio: & hanc olim quorundam opinionem, quod ex hac regula ſumi poſsit exemplum ad l. non omnium d. ll. fuiſſe, refert *Iaſ. in d.* §. *veteres col. 6.* idque ſuadent ipſa verba Pauli, qui ita veteres putaſſe refert, ſed nullam eius putationis reddit rationem

nem. Sed & huius regulæ non pauci rationem reddere conati fuerunt: & Accurſ. referente Johannes rationem dixit eſſe, urgentem diſputationem: quod juxta obſcurum eſt. Alij, ut idem refert rationem petierunt à conditione æqualium, quod etiam aſinus intumeſcat, ſi videat apprehendi per parem: ubi itidem obſtat ratio & exemplum plurium ſervorum legatorum. *Zaſ. in ſæpe d.* § .16. *nu*.6. probat rationem Franciſci Aretii, quod hereditas ſit jus univerſale & intellectu juris quaſi una res : & cum adeò ſervus hereditarius ſit res, ratione, & intellectu eadem cum aliis rebus hereditariis, videretur quodammodo ſe ipſum apprehendere, cum utique diſtincta eſſe debeant res apprehenſa & quod apprehendit. Et quamvis hoc videri poſſit plus habere ſubtilitatis quam veritatis, cum præſertim re ipſa res hereditariæ differant ab hereditate, attamen inter multas alias iuris antiqui argutias & ſubtilitates, hanc quoq; remanſiſſe abſurdum videri non debet, cum ipſe Paul. regulam iſtam ſine ratione propoſuerit. Aliam eius regulæ rationem, quam etiam non improbat Zaſ. tribus verbis innuit Caſtren. quod nihil poſſit eſſe cauſa ſuæ cauſæ : & cum igitur hereditas ſit quodammodo cauſa ipſius ſervi , quia per & in hereditate ſervum acquirit heres, viſum non fuit permittendum eſſe, ut per ſervum dominus quicquam hereditarium acquirat. Et hæc in effectu ratio eſt quam Duar. reddit, quod ſervus contineatur in hereditate, & quod veteres putaverint abſurdum , ut res hereditaria per aliam eius generis rem acquireretur: & hæc ad primam rationem. Ad alteram reſpondetur , quod iſta regula non videatur accipi debere de dominio, quia rerum hereditariarum de quibus loquitur, ſtatim adita hereditate heres fit dominus, & antea nemo eſt, unde & à quo heres eas acquirat, cum hereditas ipſa pro domino habeatur: ſed & huiuſmodi acquiſitio futura ſit fruſtranea , ſiquidem heres poſt longiuſculum tempus adita hereditate, tamen fictione juris ab ipſo tempore mortis teſtatoris heres extitiſſe intelligitur *l. omnis*.138. *l. omnia* 193. *de reg. iur. l.* 28. § . *ult. de ſtipul. ſervor*. & ita hanc regulã accepiſſe videtur JCtus *in d. l.* 1. § .16. *h. t.* ubi cũ in hanc ſententiam eam propoſuiſſet, non poſſe acquiri per ſervum hereditarium quod ſit hereditatis, tanquam per æquipollens hoc explicans in verſ. ſeq. ait non poſſe acquiri poſſeſſionem. Sed & utcunque accipiatur *d. l.* 43. *de acquir. hered.* & *l.* 18. *de acquir. rer. dom.* nihil tamen

obstat sententiæ nostræ: quoniam non adita hereditate nec dominium heredi acquiri constat, licet ut explicatum supra *part. 1. disput. 14. th. 1.* consideratione quadam hereditas dicatur repræsentare personam heredis futuri *l. 24. in f. de novat.* & hoc tamen quo ad quæ juris sunt, possessio autem est facti neq; est in hereditate, *d. l. 1. §. 15. si is qui test. lib. &c.* Denique ad tertiam rationem petiam *ex l. 18. de acquir. rer. dom.* respondetur, quod necessum non sit utrumq; de hereditate acquirenda eod. prorsus modo accipere, sed quod in utroque sint ponendi termini habiles, & ita accipiendus JCtus, quod per servum hereditarium nec ipsa hereditas, nec post eam aditam quicquam ex ea acquiri possit: quippe quod ineptè dubitetur, an nondum heres per servum talem rem hereditariam apprehendere possit. Illud plane nihil hic obstat, quod servus hereditarius post aditam hereditatem sit servus heredis: etenim quilibet intelligit, quod ratione causæ acquirendi etiam tum hereditarius rectè vocetur, sicut & ipse heres post aditam hereditatem adhuc dicitur.

Nec ignorantibus nobis.] Assertio hæc Tr. quod non acquiratur possessio per servum domino ignoranti extra causam peculiarem, non est extra controversiam. Et contra Tr. sententiam hæ rationes faciunt 1. quod in genere dicitur *in §. item nobis. 3. Instit. per quas pers. nob. acq. in f.* per servos acquiri nobis possessionem, ita ut cuiuscunq; rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videamur *ex l. adquiruntur 10. §. 2. de adq. rer. dom.* 2. quoniam qui servo possessionem tradit ex ratione juris eam amittit per *l. 18. §. 1. h. t.* & cum adeo servus non possideat, ad dominum possessio transire videtur. 3. quod per servum qui in fuga est acquirimus possessionem *l. 1. §. per servum qui. 14. h. tit.* hic autem peculium non habere videtur, & ut maximè habuerit, eius administrationem per fugam amisit per *l. rogasti. 11. §. 1. si cert. pet.* neque distinguit textus *in d. l. 1. §. 14. juncta l. 25. in f. de liberal. caus.* 4. in genere dicitur *in l. si me. 34. §. ultim. hoc titul.* quod servus ignorantibus dominis acquirat possessionem. 5. quia servus potest etiam extraneo acquirere possessionem, si ipsius nomine eam apprehendat *l. 1. §. hæc qua. 19. hoc tit.* & ergo multo magis domino, cuius nomine in dubio rem apprehendere censetur: nam & indistinctè responsum *in l. 1. §. 7. hoc tit.* quod etiam servus communis uni ex dominis acquirat possessionem, quam eius nomine apprehendit, quod etiam ignorante domino

fieri

fieri potest Facit deniq; 6. quod etiam per procuratorem liberam personam ignorantes acquirimus possessionem §. *pen. Instit. per quas pers. nobis acquir. l. 1. C. h. tit.* & hæc gl. & communis Dd. opinio, testante *Ias. in l. 1. §. item acquirimus. 5. h. t. col. 5. inf.*

Pro contraria sententia Tr. quam Jas. probat cit. loc. hæc adduci possunt, 1. retorquetur ratio quinta partis adversæ, quod si servus potest acquirere alteri, cuius nomine apprehendit possessionem, non videtur ignoranti domino possessio acquiri. 2. textus *in l. 1. §. item acquirimus. 5. h. tit.* ibi, *earum rerum quas peculiariter teneant, etiam ignorantes*: ex quo non leve argumentum à contrario sensu deducitur, maximè propter rationem subiectam, quod ut ibi JCtus ait, in causa peculiari quodammodo videatur concurrere animus domini qui ab initio peculium concessit: qua ratione extra causam peculiarem cessante, etiam cessabit decisio. 3. idem hoc probatur *ex l. 3. §. saltus. 11. alias §. cæterum. 12. hoc tit.* ubi per restrictionem JCtus docet, quod ignorantes possideamus res, quas servi peculiariter paraverant, & quas servorum & animo & corpore possidere videamur: dum videlicet consideramus singula momenta apprehensæ possessionis, cæteroquin propter semel factam concessionem, animus & voluntas domini in genere concurrere videtur iuxta *d. l. 1. §. 5. hoc tit.* 4. hanc sententiam confirmat *l. peregrè 44. §. 1. hoc tit.* ubi dicitur utilitatis causa iure singulari receptum esse, ut ex peculii causa ignorantibus per servum possessio quæreretur. 5. facit *l. quia servo. 16. in f. de Obligat. & Act.* ubi hoc tanquam speciale proponitur, in negotio peculiari, ut possessio acquisita intelligatur. 6. adducitur *l. quod servus. 24. hoc tit.* ubi dominus dicitur possidere, quod ex causa peculii ad servum pervenit. Et hæc posterior sententia verior videtur, non quidem per rationem primam, in qua rectè negatur consequentia, quod præsupponendi sunt termini habiles, ut alteri non sit quæsita possessio, quod in dubio factum non præsumitur, sed per reliquos textus, qui nimis expresè speciale ius in rebus peculiaribus esse ostendunt. Equidem gl. & Dd. ad textus illos una responsione utuntur, intelligi ibi possessionem cum effectu usucapionis, & hoc speciale esse putant, quod ita possessionem acquiram ignorans per servum ex causa peculiari, ut etiam ignorans usucapiam: ex aliis autem causis possi-

deam quidem ignorans, ſed non uſucapiam: ſiquidem ad uſucapionem non ſimplex poſſeſsio ſufficit, ſed ſcientia eius qui uſucapere vult requiritur, velut in caſu poſſeſſionis per procuratorem ignoranti quæſitæ *l. ſi emtam.* 47. *de uſucap.* qui locus non leviter hanc reſponſionem adjuvat, dum JCtus ait, in rebus tantum peculiaribus receptum eſſe ut eas ignorantes uſucapiamus. Sed verendum eſt, ne hæc reſponſio ſatis ſit tuta: vel quia textus illi poſiti ſunt ſub *tit. de acquir. poſſ.* vel quia reſponſioni illi, non convenit ubique fere ſubjecta ratio, de voluntate generali & ita animo domini concurrente, itemq; *in l.* 3. §. *cæterum*, de animo & corpore ſervi, ut prorſus probabile ſit, à JCtis ſimpliciter de modo acquirendæ poſſeſſionis tractari: præcipuè quod *in d. l.* 44. §. 1. *inf.* adiicitur, ſi ex nō peculiari cauſa quæratur aliquid ſciẽtiam quidem domini eſſe neceſſariam, ſed corpore ſervi quæri poſſeſſionem. Neq; mirum hoc alicui videri debet, ſiquidem extra quam conceſſione peculii ſervo permiſſum eſt, nihil ulterius agendi videtur habere facultatem: propter quod peculium latius interpretati ſunt JCti, & illud quoq; peculii nomine comprehenderunt, quod dominus non conceſſit, ſed tamen ſi reſciviſſet, in peculio eſſe paſſurus fuiſſet *l. non ſolum.* 49. *in pr. de pecul.* ut quaſi intra cancellos peculii tota acquiſitio ſervi principaliter concluſa fuiſſe videatur: & adeo citra abſurditatem textus ſimpliciter loquentes de cauſa & re peculiari poſſint explicari, & etiam citra abſurditatem præſupponi ſcientia domini, *arg. ſupr. cit.* §. 3. *Inſt. per quas perſ. acquir.* ubi cum Juſtin. dixiſſet nos poſſidere per ſervos, ſtatim inde infert, quod etiam uſucapio nobis contingat, & ad hanc tamen ſcientiam domini requiri conſtat, etiam ubi ignoranti acquiſita eſt poſſeſſio *l.* 47. *de uſucap. l.* 1. *C. h. t.* Cujus rei, ut obiter hoc addamus, rationem inveſtigat & proponit *Iaſ. in l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *h. t.* vel quia poſſeſſio quidem acquiritur per actus naturales, ſed uſucapio miniſterio juris civilis: vel potius quia in uſucapione requiritur titulus & bona fides, quæ nō cadunt in ignorantem, quod præſertim neceſſum eſt iſta certò adeſſe. Et ex his reſponſum eſt ad argumentum primum & quartum contrariæ opinionis. Ad ſecundum dici poteſt, non eſſe bonam conſequentiam, neq; ex eo, quod tradens amittit poſſeſſionem, inde effici, quod ea acquiratur domino: nam & *in l.* 1. §. *ſed & 6. h. t.* contingit ut tradens amittat poſſeſſionem, quæ tamen nec domino verò nec poſ-

ſeſſori

ſeſſori acquiratur. Ad tertium de ſervo qui in fuga eſt, fortaſſis probabiliter reſpondebitur, amitti quidem adminiſtrationem peculii, quatenus ea concernit præiudicium domini, cuiuſmodi caſus proponitur *in l. 11. §. 1. de reb. cred.* ſed non quoad eius favorem: & aliâs cum hoc ſit datum favori domini, ut & ſervum ipſum poſſideat & per eum poſſeſſionem acquirat, neq; permiſſum ſervo fuit domino intervertere ſui ipſius poſſeſſionem, multo minus credendum eſt permiſſum fuiſſe, ut ſervus conditionem aut qualitatem rerum in peculium conceſſarum in præiudicium domini mutare poſſit. Deinde etiam reſponderi poſsit ſpeciale eſſe in ſervo fugitivo, & ex hypotheſi, quod ſervus talis poſſeſsionem, domino quærat, ſimul hoc ſtatuendum fuiſſe, ut quærat ignoranti: quoniam non eſt penes dominum ſcire quod ſervus fugitivus apprehenderit poſſeſsionem, quæ ratio ceſſat in ſervo non fugitivo. Ad quintum reſpondetur ponendos eſſe terminos habiles, & ſcientiã illius cui ſervus acquiſitam voluit poſſeſsionem. Et nimirum ſpeciale hoc eſt in poſſeſsione, quæ ſicut alia in facto conſiſtentia *arg. §. 2. Inſt. de ſtip. ſerv.* etiam in ſervi perſona ſubſiſtere poteſt, & inde hoc agente ſervo in alium tranſire. Ad ultimum facilis reſponſio eſt, quod ſufficiat initio procuratori mandatum eſſe, licet ipſo puncto apprehenſæ poſſeſsionis ſcientia noſtra non concurrat, de quo agetur mox lit. E. Planè ſi ſervus etiam extra cauſam peculii nomine domini rem apprehendat, poſſeſsionem domino quæſitam admittemus.

Lit. D.

Tres ſpecies hic proponit ſervorum per quos acquirimus, alienos bona fide ſervientes & fructuarios. Sed duo priora videntur unum tantum membrum conſtituere, quoniam per ſervum mala fide poſſeſſum non acquirimus poſſeſsionem *l. 1. §. ſed & 6. l. quod ſervus. 24. h. t.* Cui non obſtat, quod etiam clandeſtina & violenta poſſeſsio penes nos eſſe poteſt: quoniam id obtinet in poſſeſsione per nos ipſos naturaliter de facto quæſita, non in ea quæ miniſterio juris per ſervum & ita per alium acquirenda eſt, ut ex Dd. reſpondet *Iaſ. in l. 1. §. item acquirimus. 5. h. t. coll. 3. notab.* 7. Sed poſſunt tamen hoc modo diſtincta hæc membra fieri, quod etiam ſervus à domino in ſolidum poſſeſſus, alteri tamen cuius nomine apprehendit, acquirit poſſeſsionem *l. 1. §. hæc quæ 19. h. t.* Tertia ſpecies eſt ſervi

fructuarii, per quem sicut & per servum aut hominem liberum bona fide possessum (quem forte per bona fide servientem intellexit Tr.) nō simpliciter, sed tantum ex re nostra & operis ipsius acquirimus possessionem §. *de iis* 4. *vers. non solum. Inst. per quas pers. nob. acqu.*

Quarta species additur in exegesi, servus communis: quem si hoc agat, id est eius nomine possessionem accipiat, eam uni acquirere posse dicitur *in l.* 1. §. *per communem.* 7. *h. t.* ubi idem esse dicitur juris quod in dominio: constat autem per communem servum uni cui nominatim stipulatur in solidum acquiri dominium §. *ult. Inst. de stip. servor.* Et eod. argumento dicemus ei in solidum acquiri possessionem, qui eam apprehendi jussit: nam ita quoq; in dominio obtinet *d.* § *ult.* & *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.* ex quo textu consequēter statuemus, acquiri ei qui iussit, etiamsi servus alterius nomine possessionem apprehenderit: quamvis haud scio, an eo usq; argumentatio hæc à dominio ad possessionem debeat produci: quippe quod per servum nostrum etiam alteri possessio quæri potest *l.* 1. §. 19. *h. t.* cum præsertim *d. l. ult.* sit ex novis Just. constitutionibus, & ratio iuris vix patiatur, ut iussum extrinsecum operetur potentius, quam nominatim in alterius personam concepta stipulatio. Hinc porrò dicemus, ei socio acquiri possessionem in solidum, ex cuius re apprehensa est *arg. l.* 19. *de stip. servor.* cui tamen obstat *l. communis.* 45. *de acq. rer. dom. l.* 24. *comm. divid.* quos textus aliqui restringunt ad casum, quo non constat cui servus acquisitum voluerit. Quæ explicatio vitiosa est, quia repugnat generalitati textuum, & specialis ratio est acquirendi ex iussu domini & intentione servi: & videtur tantum operari potentia rei, ex cuius causa apprehensa fuit possessio, quantum iussus domini unius aut intentio servi. Sed tamen hæc consequentia non concludit per dd. textus, quibus probatur non operari hoc, rem unius domini, summo iure, ut ei soli acquiratur, sed ex æquitate officio judicis, commun. divid. contineri, ut ei præcipuum adiudicetur ex cuius re quæsitum fuit. Neq; obstat *d. l.* 19. *de stip. servor.* quoniam tractat de casu servi possessi à duobus non dominis, quibus cum tantum acquirat ex operis suis & re ipsorum, non potest quod ex unius re quæsitum est, alteri acquiri, perinde ut accidit, ubi unus ex dominis, rei quam servus etiam simpliciter stipulatus fuit, incapax est, iuxta §. *ult. Inst. de stip. servor.* qui quartus casus est, quo uni dominorum totum acquiritur.

Lit. E.

Per liberas personas.] Hæ sunt primò liberi nostri in potestate, qui tamen propter ius potestatis servorum fere iure utuntur *arg. l.* 10. §. 1. *&* 2. *de acqu. rer. dom. l.* 4. *t.* maximè si ius antiquum respicias, quo plane acquisitionis erant incapaces: hodie autem quibus casibus dominium, etiam possessionem potuerunt habere.

Secundo procuratores, per quos acquiri nobis possessionẽ receptum est *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *l.* 42. §. 1 *l. possessio.* 49. §. *ult. h. t. l. si rem* 41. *& l.* 47. *de usucap. l.* 1. *& l. per procurat.* 8. *C. h. t.* §. *pen. Inst. per quas pers. acq.* & acquiri equidem sine cessione *d. l.* 49. §. *ult. h. t.* & notant *Ias. Zas. in d. l.* 1. §. 20. *h. t.* quoniam actus hic naturalis per quẽ possessio apprehenditur, non radicatur in persona procuratoris, qui tantum operam suam nobis accommodare dicitur *d. l.* 1. §. 20. qua de causa secus est in obligatione & actione, quæ sine cessione nõ acquiritur mandanti *d. l.* 49. *h. t.* quoniam hæc non rectâ transeunt in mandantẽ sed radicantur in persona procuratoris, qui ex ratione iuris nostri aut nihil agit, aut in suã personam primariò regulariter trãsfert obligationem *l. quæcunq.* 11. *de O. & A.* Cui & illa ratio accedit, quod revera & peculiariter nihil interest nostra, alterũ alteri obligari (qua de causa excipitur, nisi nostra intersit §. 18. *&* 19. *Inst. de inut. stipul.*) interest autem procuratoris, qui domino actione mandati tenetur. Et amplius acquirimus possessionem etiam ignorantes per textus supra dictos, quib. non obstat quod *in l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* volentibus nobis acquiri possessio dicitur: vel quia aliud est velle aliud scire, vel quia tempus & momentum apprehensæ possessionis distinguendum est à tempore mandati, quo satis est voluntatem & scientiam nostram intervenisse, ut postea volentibus nobis possessio acquisita intelligatur, quod etiam notatum supra *hac th. lit. B. in f.* Ratio autem huius iuris redditur *in d.* §. 20. *l.* 1. *h. tit.* quia & tradens rem, amittit possessionem, & procurator qui eum animum non habet, eam sibi non acquirit, ut favorabiliter fuerit admittendum acquiri possessionem mandanti: ex quo consequitur, *si procurator* sibi acquiri velit possessionem, sibiq; apprehendat, possessionẽ mandãtis non fieri *d. l.* 1. §. 20. idq; dubiũ esse non potest, si alter simpliciter rem tradiderit: quod si autem expresse tradiderit nomine mãdãtis, quæstio agitatur inter Dd. an procurator nomine suo eã accipiẽdo efficere possit, ne domino possessio acquiratur. Eadẽ q̃stio in casu acqui-

Acquisitio per Procuratores.

acquirendi dominii agitatur, de quo responsum est *in l. qui mihi 13.de donat.* si quis procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agere procuratorem in sua persona, sed mihi acquirere: eaq; Accursii *in d.l. 13.* & communiter Dd. est sententia: cui tamen obijcitur 1. *l.res ex mandato 59.de acquir.rer.dom.* Rectè respondet Accurs. quod ibi actū non fuerit, ut res fieret mandātis, sed simpliciter res emta & tradita fuerit procuratori, qui aliâs in personam suam contrahit obligationem. Obijcitur etiam *l.falsus* 43.§.1.*de furt.* Sed ibi vel speciale est, in nummis quos eosdem numero non tenetur solvere procurator: vel potius speciale est in procuratore falso, per quem dominium non potest transire in alterum, cum deficiat habilitas medii. Eademq; responsio est ad *l.cum quis.* 38.§.1.*de solut.* ubi mandatum fuit revocatum. Quod deniq; attinet *ad l.si ego* 24. *de negot.gest.* respondet Accurs. vel quod ibi sit procurator debitoris, qui pecuniam solvere debuit creditori, vel potius quod argumento rubric. procurator generali acceptione significet negotiorum gestorem. Sed hæc ad tractationem de acquirendo dominio magis pertinent: Et videamus, an idem sit in possessione, ita ut si res nomine nostro tradatur, possessio nobis quæratur, licet eam alia mente acceperit procurator. Hoc quidem communiter affirmari à Dd. testatur *Ias. in d.l.1.§.20.h.t.col.7.* ubi tamen ipse in contrariam discedit sententiam, & aliam possessionis, aliam dominii in hac quæstione rationem esse existimat, *per l.1.§.hæc quæ 19.h.t.* quoniam servus facere non potest, quo minus res ipsa domino quæratur, sed facere potest ne ipsi quæratur possessio: ut proinde etiam & magis procuratorem hoc posse probabile sit: cum præsertim iuxta *d.*§.19.nō obstante domini jussu, alteri possessionem quærere servus possit: ut nec adeò *d.*§.19.restringi possit ad eum casum, quo nomine domini possessio tradita est: præcipuè cum indistinctè loquatur, & alias in materia acquisitionis tantum operatur jussus domini, quantum nominatim dominici nominis adiectio, *arg. §.ult.Inst.de stip.serv. & §.ult.Inst.per quas pers.oblig.acquir.* Facit quod cessat hic ratio introducti juris expressa in d.§.20. quod aliâs nulli acquireretur possessio, quoniam ipsi procuratori acquiritur. Nec minus facit, quod præter rationem juris utilitatis causa receptum est, ut per procuratorem nobis quæratur possessio, & quidem iuxta d.§.20. si procura-

tor operam ſuam nobis accommodet, quod utiq; non facit, dum nomine proprio apprehendit poſſeſsionem: ſed & indiſtinctè dicitur in d. §. 20. nobis non acquiri poſſeſsionē ſi procurator eam ſibi ipſi acquiſitam velit & *in l. 47. de uſucap.* requiritur, ut res meo nomine accepta ſit. Et nimirum poſſeſsio facti & res fragilis eſt, quæ facile intervertitur, & tanto facilius fit, ne ab initio nobis acquiratur: ſed in dominio transferendo potentius voluntas tradentis operari videtur: quod ea ratione quoque confirmat *Zaſ in d.l.* 1. §. 20. *inf.* quod dominiū à nobis non habeat niſi eo quo volumus modo, nec niſi in eum in quem volumus trāslatum: quod in poſſeſsione ſecus eſſe docet *l.* 18. §. 1. *h.t.* cui adiungi poteſt ratio quam ex Raphael. Cuman. tradit Jaſ. quod idem dominium quod fuit penes tradentem, transferatur in alterum, ideoq; non poſsit præter voluntatem tradentis apprehendi à procuratore: poſſeſsio autem quæ fuit penes tradentem expirat & nova in procuratore eſſe incipit, quæ itidem facilime à procuratore in mandantem tranſire poteſt. Video tamen hic obiici, quod admiſſa hac differentia inter dominium & poſſeſsionem futurum ſit, ut dominium acquiratur ſine poſſeſsione, contra ea quæ diſputata ſunt *th.* 4. *lit.* D. *diſp. præced.* Sed ibid. reſponſum eſt, videri hunc modum acquirendi eſſe civilem ut ſine poſſeſsione dominium acquiri non ſit abſurdum. Et tamen fortaſſis non erraverit, qui duplici diſtinctione hac in re uti voluerit: & 1. an tradita ſibi re nomine mandantis procurator contradixerit, ſibique ſe eam accipere dixerit, an ſaltem hoc animo tacitè verſaverit, quo facto, cum propoſitum in mente retentum nihil operetur, non crediderim impediri, quo minus poſſeſsio mandanti acquiratur. 2. inter modos & cauſas ex quibus res traditur procuratori: & fortaſsis ſpeciale quid eſt in donatione, quæ non poteſt primo radicari in procuratore, quam in aliis cauſis, veluti in emptione, ex qua & aliis id genus contractibus cum procurator ipſe & obligetur & obligationem ſibi acquirat, tanto facilius rem accipiendo ſibi non poſſeſsionem tantum, ſed etiam dominium poterit acquirere, de quo amplius cogitandum. Et enim pro ſententia communi & contra ſententiam Jaſ. & Zaſ. paulo ante relatam, pugnare videtur hæc ratio, quod principaliter & primò receptum eſt, ut nobis acquiratur poſſeſsio, ſed ſecundario & per conſequentiam, ut etiam dominium, per textus *in l.* 1. *&*

l.8.C.h.t.§.pen.Inst.per quas pers. acq. ibi, *possessionem*, *& per hanc dominium,&c.* adeoq; cessante causa cessabit effectus: vix enim dicere possis, initio hoc ita obtinuisse, sed postea etiam sine possessione acquiri etiam dominium potuisse sed & cùm aliâs qui nihil accipit nihil acquirat, inde acquiritur dominium mandanti, quod hic per procuratorem accipere videatur, quæ ratio cessat, ubi ministerium domino non præstitit procurator: nisi dicas id juris pro facto haberi, quod ex officio procurator facere debuit, licet non fecerit. Possit & ita concludi: quod eadem ratio videatur in utroq; casu, ubi non dominus bona fide, & ubi dominus rem tradidit procuratori: atquin illo casu non acquirit jus usucapiendi procurator mandanti sine possessione: ergo nec hoc adquiret dominium. Ratio connexi est *in §.pen. Inst.per quas pers.acq.* sed claudicat tamen hæc objectio & comparatio: quod possessio & dominium hoc casu acquiritur, etiam ignoranti; sed illo utcunq; possessio acquisita sit, jus tamen usucapiendi non acquirit ignorans, *l.47. de usucap.* Ego subsisto & ἐπέχω.

Illa quoq; hic movetur quæstio, an ad hoc, ut per procuratorem nobis possessio quæratur, necessarium sit mandatum speciale, v. c. de emendo aut permutando, an sufficiat mandatum generale. Et Jas. refert *in d.l.*1.§.20. distinctionem quorundam inter procuratorē generalem cum libera & sine libera, quam tamen improbat hic Tr. & frequentius receptum videtur, quod simplex generale mandatū sufficiat, quod & sequitur Zas. *in d.* §.20. adducta *l.si rem.*41.*de usucap.* in cujus principio omninò videtur agi de procuratore generali, in cuius potestatem res domino surrepta pervenit: quamvis non videatur necessaria cōsequentia, ut quod sequitur de possessione acquirenda, de eod. genere procuratoris accipiatur. Et sane *l.communis.* 42.§.1.*h.t.* videtur requirere mandatum speciale ad hunc effectum acquirendi possessionem: quoniam dicitur ibi acquiri possessionem si mandato domini emerit, in genere autem mandans non censetur mandatum dedisse de emendo aut vendendo per *l. procurator.*63.*de procur.* & utcunq; per consequentiam quandā contineatur, ubi ratio administrandi hoc exposcit, tamen non potest re vera dici mandante domino emisse. Facit quod *in d.l.*42 §1. additur si sua sponte emerit, non acquiri possessionem domino, nisi ratam habuerit emtionem: hoc enim commode refertur ad procuratorem generalem quamvis Accur. de negotiorū gestore eum locum explicet. Accedit

quod præter ratione͂ juris utilitatis causa hoc receptum est: itemq; quod cum servi ex quodã mandato generali de administrando peculio possessionem ignorantib. dominis acquirant, rationis est, ut in libera persona nó sufficiat mandatũ generale. Neq; quicquã obstat quod cum procuratoribus non conjunguntur tutores & curatores, qui pupillis & minorib. ex generali mandato acquirunt possessione͂. Etenim comparatio est secundum quid, quod & per tutores & per procuratores acquiratur possessio, sed nõ propterea sub ead. qualitate: & differentiæ ratio perspicua est, quod nec procurator cum libera potest cõparari cum tutore aut curatore, quià lege aut magistratu plenissimam & liberrimam administrationem extra casus exceptos habent, ita ut dominorum pene loco habeantur: neq; hic expectare possis mandatum speciale, quod inter has personas & earũ curæ commissas non intercedit: quin & favor pupillorum & minorum aliquid hic movisse videri potest.

Nec obstat l. 8. §. fin de usucap.] Prorsus non capio aut intelligo, quomodo ei quod de procuratoribus & curatoribus dixerat, obstet vel obstare possit *d. l* 8. §. *fin. de usucap.* ubi traditur, quod qui ipse non potest, nec per servum usucapere possit. Cui sententiæ gl. obiicit *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5 .*h. t. iuncta l. si servo* 28. *de usucap.* quibus locis dicitur etiam furiosus & infans per servum usucapere. Et respondet gl. procedere regulam d. l. 8. quando quis non potest usucapere ratione personæ, veluti si res sit legata incapaci, vel ut Bart. ibid. si sit data præsidi contra L. Juliam *l. bonæ fidei.* 48. *de acquir. rer. dom.* idemq; esse ait: gl. si quis non possit usucapere ratione rei & personæ, veluti si Judæus possideat mancipium Christianum: sed in specie *d. l.* 1. §. 5. *h. t.* esse tantũ defectũ ætatis & intelligentiæ: quamvis responsio verior sit, quod ibi personæ illæ usucapiant res, quas servi apprehenderunt ex causa peculiari: quoniam has quicunque domini ignorantes possident & usucapiunt. Sed nihil hoc ad rem nostram, nec ullo modo obstat ei, imò nec quicquam commune habet cum eo quod hic traditur: neq; hoc eò transfert cit. *Cuiac.* 22. *obser.* 17. ubi simpliciter citra ullius contrarietatis mentionem refert d. l. 8. ad edictum prætoris ex quib. caus. maior. & explicat § 1. de servo eius qui ab hostib. captus fuit : multo minus huc pertinent quæ tractat *VValtherus.* 2. *misc.* 15, ubi nec verbulo me͂tio fit *d. l.* 8. §. *ult. de usucap.* sed simpliciter ex iure & aliis autoribus, quisnam pere-

grinus sit, explicatur: ut tanto minus intelligam, quid Tr. sibi velit, dum tanquam super gravissima antinomia quasi desudat, & ad extremum subsidium, distinctionem inter jus strictum & æquitatem, confugit: ut hunc locum planè fugitivum, & aliunde huc translatum esse oporteat: verum hoc non est tanti.

LIT. F.

Quod & in municipibus.] De his traditum est, quod mero & summo jure possidere non possint, sed eo jure tamen utamur ut & possidere intelligantur, & per servos acquirere possessionem queant *l.1.§.ult.cum l.seq.h.t.* Quod valde ambiguum an rectè deducatur vel confirmetur ex iis, quæ tractant cit. *Gail. lib. 2, de pac. publ. cap. 9. Mynsing. 4. obs. 78. Donell, & alii Dd. in l. civitas 27. de reb. cred.* de quæstione plane diversa, an universitas delinquere possit, qua de re alibi agitur.

Colophonis solo ad hanc thesin addendum & supplendum est, esse insuper alias quasdam personas, non liberos nostros, non servos, non deniq; procuratores, per quas acquirimus possessionem: veluti qui rem aliquam retento sibi usufructu nobis donant, qui rem suam à nobis conducunt, & omninò qui nostro nomine se possidere constituunt *l. quod meo. 18. in prin. h. t. l. quisquis. 28. C. de donat. l. quadam. 67. de rei vindic.* quamvis hoc non fiat à certo genere personarum, sed ab omnibus, & sit modus quidam singularis apprehendendi possessionem, quod scilicet hi ita constituentes, hoc ipso rem illam nobis tradere intelligantur, ut patet *ex d. l. 28. Cod. de donat.*

THESIS IV.

LIT. A.

Hactenus de possessione acquirenda, sequitur de ea retinenda & conservanda. Ait Tr. retineri & naturalem & civilem, de quo jam aliquid dictum ad th. 1. de opinione Dd. qua communiter putant, naturalem quæ sola est, retineri animo, sed naturalem quæ juncta est civili, non retineri animo. Plane juxta explicationem Tr. traditam d. th. 1. lit. F. dubium hac de re esse non potest. Ait porrò retineri possessionem rerum corporalium & incorporalium:

quod

quod vitio non caret, quoniam hactenus possessionem semper ad res corporales restrinxit, th. 1. lit. D. esse detentionem rei corporalis: th. 2. *lit.* A. possideri res corporales, & hac th. 4. in pr. retinemus eam, &c. videlicet de qua antea actum fuit: sed & quod subiicitur lit. B. non videtur convenire rebus incorporalibus, quod earum possessio corpore retineatur.

Lit. B. & C. D.

Quin possessio animo & corpore retineatur, dubitari non potest: sed & de animo quod eo solo retineatur, attestantur textus *in l. 3. §. sed etsi, 7. & §. si servus. 10. in f. l. clam. 6. §. 1. l. si id. 25. §. 2. l. qui universas. 30. § quod per. 5. l. peregrè, 44. § ult. & l quamvis, 46. h. t. l. licet, 4. C. eodem.* sed explicatione indiget, quidnam sit, animo retinere possessionem: nam si simpliciter & absolutè vis hæc & facultas animo tribuitur, quocunq; modo deiectus aut expulsus, si modo possidere velit, dicetur animo retinere possessionem: quod contra se habet, ideoq; certus hic terminus statuendus est. Et video à quibusdam nimis hoc extendi, ita ut licet plane deficiat facultas corporaliter rem apprehendendi, animo tamen retineri possessionem statuant: quod admittendum non est extra casus quosdam jure singulari receptos, imo fere extra unicum casum servi fugitivi, quem nobis sui ipsius possessionem intervertere posse jura noluerunt: cæteroquin, ut etiam notatum th. 1. non ultra retinetur possessio animo, quam superest liberum arbitrium, & ubi quis volet, rem ipsam corpore apprehendendi facultas, vel jure eam sibi superesse probabiliter quis existimet: veluti si quis absentis & ignorantis possessionem ingressus sit, adhuc per absentem dicitur retineri animo possessio *l. 6. §. 1. h. t.* quoniam iusta opinio qua putat se rem apprehendere posse, hoc sustinet, usq; dum rescíscat rem ab alio occupatam & ita animum rem recuperandi deponat, vel potius ad effectum amittendi possessionem deponere habeat necesse *d. l. 6. §. 1. & l. quamvis. 46. h. t.* idq; simul receptum videtur propter usucapiones, ut quamdiu quis ignorat rem ab alio occupatam, quoad effectum usucapiendi pro possessore habeatur, adeoq; si durante ignorantia tempus excurrat, usucapio iure impleta censeatur. Non tamen hic dissimulandum, differre hac in re res immobiles & mobiles, quarum possessio facilius perit & amittitur, ut patet

Ratio retinendi possessio.

ex l.3.§.Nerva.13.l.Pomponius.13.in pr. & l.ſi rem.47.h.t. ubi dicitur rei mobilis apud aliquem depoſitæ, vel commodatæ poſſeſſionem amitti etiam ab ignorante ubi primum depoſitarius vel commodatarius ſibi poſſidere & rem non reddere conſtituerit: quoniam ſcilicet res mobiles facile interverti & ita occultari poſſunt, ut nulla ſit eas apprehendendi facultas, quod ſecus eſt in rebus immobilibus. Et ſcilicet ſub rebus mobilib. comprehenduntur hic etiam res ſe moventes *d l.1.§.13.h.t.* excepto tamen, ut ſæpe dictum, *ſervo fugitivo d.l.13 in pr.l.15.inf.h.t.* Cui quod ſcilicet poſſeſſionem eius retineamus, non obſtat, quod ſervus fugitivus ſui ipſius furtum facere dicitur *l.ancilla.60.de furt.l. 1. Cod.de ſerv. fugit.* per furtum autem poſſeſſio rei intervertitur *argum. l. 1. §.ſcævola.15.ſi is qui teſtament.lib.* Etenim reſpondetur. 1. hoc dici ad eum effectum, ut ſervus fugitivus tanquam furtivus ab alio non poſſit uſucapi: & hinc. 2. quod loquantur de caſu ſervi fugitivi ac alio apprehenſi, qui amplius à nobis non poſſidetur *l.1.§.per ſervum qui 14. hoc tit.* Utcunque autem facilius retineatur poſſeſſio rei immobilis, non tamen retineri admittam, ſi nulla prorſus ſit rem corporaliter apprehendi facultas. Cui ſententiæ non obſtat *l. 3.§. ſed etſi 7. hoc tit.* ubi dicitur poſſidere me animo etiamſi alius in fundo ſit: vel quia in fundo eſſe non idem eſt quod poſſidere, vel quia alium in fundo eſſe, ignorare poſſum. Non obſtat etiam *l.6.§.1.hoc tit.* nam & ibi alium ingreſſum fuiſſe prior poſſeſſor ignoravit. Porrò nec obſtat *l.25.§.ult.h.t.* quoniam hoc ipſum ibi traditur amittere me poſſeſſionem, ſi poſtquam reſcivi alium ingreſſum, me repelli poſſe ſuſpicor. Deniq; *l.46.h.t.* etiam de ignorante agit. Et hi igitur ſunt ſtatuendi termini retinendi poſſeſſionẽ etiam rerum immobilium. 1. ſi res adhuc ſit vacua. 2. ſi ſit ab alio occupata, & nos occupatam eſſe ignoremus. 3. ſi etiam ſciamus, ſed putemus eum aut nobis ceſſurũ, aut nos eum facile expulſuros eſſe, adeoq;, quod præcipuum eſt facultatem apprehendendi rem integram adhuc nobis eſſe exiſtimemus: cum præſertim facultas hæc expellendi eum qui eſt ingreſſus, iure ſit permiſſa *d l.25.§.ult. & l.quod meo.18.§.pen.h.t.l.3.§.eum igitur.9 de vi & vi arm.* modo in continenti id fiat, id eſt antequam ad alia negotia quis divertat *arg.l.21. §.fin.de teſtam l.continuus.137.in pr.de V.O.* ut tamen in cõtinenti paulo hic laxius quam in defenſione corporis accipiatur, veluti cum

quis

quis se præparat & amicos convocat, de quo actum etiam supra *part.1.disp.18.th.7.lit.D.* quamvis Dd. paulo latius quam par est, id porrigant, & non tantum post septimanas aut menses, sed etiam post annos pro qualitate rei, alium expelli posse concedunt, ut apparet ex traditis *à Gail.lib.1.de pac.pub.c.16.* quod minimè tamen præsertim quoad effectum retinendi possessionem admittendum est.

Atq; hoc modo per nos ipsos retinemus possessionē: sed & corpore alieno retinemus per eos qui nomine nostro sunt in possessione, veluti colonos, inquilinos *arg.l.9.h.t.* cuius rei elegans effectus proponitur *in l peregrè.44.§.ult.h.t.* quod hoc casu possessionem solo animo non amittamus, quod aliàs contra est *l.3.§.in amittenda,6.h.t.* quoniam scilicet ministerium quidem nobis accommodant, non tamen nudum corpus, quippe quod animum nō quidem sibi, sed nobis possidendi habent, & proinde animus noster ad retinendam possessionem potentior est, quippe quod etiam discedentib. morientib. furere incipientibus, aut aliis rem locantibus colonis vel inquilinis, animo nostro retinemus possessionem *l.3.§.7.l.25.§.1.l.qui universas 30.§.si ego pen.h.t.* Et tamen etiam ipsorū animum aliquatenus attendi, hoc argumēto est, quod per nosmet ipsos quidē retinemus possessionē animo solo, quam diu ignoramus ab alio rē occupatam esse: sed possessionem quam per colonum retinemus, amittimus, si quis etiam nobis ignorantib. rem fuerit ingressus *l.peregrè.44.§.ult h.t.* quoniam animus eius cessare intelligitur, & simul cessante ministerio corporis quod nobis præstabat colonus, & eo per occupationem alterius sublato consequenter ipsa tollitur possessio: quod ipsum argumento est eo casu ubi per ministerium aliorum non possidemus, alio possessionem occupante, à nobis ignorantibus possessionem non tam re vera, quam secundum quid & præcipuè quoad effectum usucapiendi sustineri.

Illud quoq; hic dubitatur, an factū coloni nobis noceat, si ille re alteri tradiderit, vel alias animo deserendi possessionem discesserit: Et nocere nobis hoc factū, probatur à contrario sensu ex *l.si colonus.31.h.t.* ubi dicitur, si colonus non deserendæ possessionis causa exierit è fundo, & eodem reversus sit, eundem locatorem possidere videri: idq; conveniens esse videtur ei, quod iam diximus *ex l.44.§.ult·h.t.* quod si enim etiam ignorans dominus amittit possessionē, ubi alius ingressus est, atque ita cessat ministerium corporis, multo magis amittetur, si colonus qualem qualem etiam cum corpore

depoſuerit animum, & alii rem tradiderit aut deſerendi animo ex fundo exceſſerit: & ſcilicet hoc poſteriori caſu alius rem occupaverit *arg.l.3.§.ſi quis nuntiet* 8.*h.t.* Et probatur hæc ſententia *ex d. l.* 3. *d.*§.8.*juncto.*§.*ſeq.h.t.* ubi non legendum eſt *ſi alii tradiderim*, quo caſu an amittatur poſſeſsio, nec anus quidem dubitaret, cum etiam ſolo animo ſine traditione amittatur, ſed *ſi alii tradiderint*, ut rectè ſe habet lectio Norica Haloandri. Ubi tamen non leviter obſtare videtur *l.quamvis.*32.§.1.*h.t.* ubi colonus alii vendidit & ab eo rurſus conduxit & tamen priorem locatorem retinere poſſeſsionem reſpondetur: cum tamen prior locatio expiraſſe videatur, poſtquam colonus rem vendidit & ita titulo habili etiam ad uſucapiendum tranſtulerit, ut non niſi poſterioris locatoris videri poſſit habenda ratio, quippe à quo colonus ille venditor conducens, eius nomine de novo cepiſſe poſsidere intelligitur. Quam rem explicabimus th.ult.ubi de amittenda poſſeſsione, & ſimul de ſententia *l. ult. C. h.t.* in qua jus novum conſtituit Juſtin.

LIT. E.

Unde poßidere non poſſunt.] Hæc illatio videtur referenda ad omnia hactenus tradita, præcipuè th.1.ubi de definitione poſſeſſionis: & pertinent adeo hæc ad ſubiectum poſſeſsionis, in quo illa hæreat, & quis poſsideat. Quod intelligi poteſt ex definitione & variis diviſionibus & ſubdiviſionibus poſſeſsionis traditis th.1. ex quibus apparet Tr. definitionem eſſe anguſtiorem definito: ſimul & hoc, quod aliquibus hic enumeratis naturalis poſſeſsio rectè tribuatur. Verum iam cum Tr. ſtrictius hoc verbo utamur. Agit autem hac lit. de ſervis colonis & inquilinis, quibus addi poterant commodarii; quoniam in poſſeſsione in ſpecie ſumta, hos non poſsidere inter omnes conſtat. Rationes eius rei tres hic adducit Tr.1. quod hi non teneant animo domini: quam rationem vitioſam eſſe oſtendimus th.1. Quod autem obiter addit, nec de facto eos animum domini ſumere poſſe, th.2. lit. E. limitandum eſſe oſtendimus, niſi tale quid intercedat, quod incompatibile ſit cum qualitate & natura coloni: veluti ſi mercedem ſe q; colonum eſſe neget, ſive ex ignorantia & probabili cauſa, ſive etiam mala fide: quo ſcilicet caſu 30. annorum præſcriptio defendet poſſeſſorem. Ratio altera eſt, quoniam ut loquitur Tr. *hi à poſſeſſoris controverſia*

poſſ-

possessionis mota arcentur : quibus verbis inesse puto errorem typographicum, & Tr. negare voluisse possessionem à negatis eius effectibus, quod hæ personæ non habeant remedia & interdicta : quibus possessionem aut potius detentionem suam defendant & tueantur: non videtur autem digna appellari possessio, pro sua asserenda nullum juris remedium competit, sicut nec dominium dicitur quod nullam habet vindicationem. Ratio tertia est, quod hi possideant nomine alieno, & consequenter ipsi non possideant *l. quod meo 18. in pr. h. t. l. quadam 77, de rei vind.*

LIT. F.

Depositarii.] De deposito in specie dicto, quod est rei non controversæ, nulla dubitatio est, quin eius non sit possessio : sed de altera specie quod est rei controversæ, & dicitur sequestrum, res, ut Tr. ait dubia esse videtur : quæ tamen dubia ipsi esse non deberet, si ipse sibi constaret & memor esset suæ definitionis, in qua tanquam perpetuam differentiam & essentialem proprietatem possessionis etiam in genere sumtæ, posuit animum & affectionem dominii : qua de causa nec sibi constat, ut maxime tum demum, si partes ita convenerint, sequestrum possidere affirmet: quoniam ista partium conventio animum & affectionem dominii sequestro tribuere non potest. Sed sepositis Tr. sententiis rem ipsam videamus: & solent vulgò hac in re inter se committi *l. licet. 17. §. 1. depositi & l. interesse 39. h. t.* & potest eorum textuum inter se oppositio dupliciter induci & ad duplicem quæstionem. 1. an sequester possideat, 2. an possessio sequestri litigantibus, & nimirum victori ad continuandam & implendam usucapionem prosit. Quod ad priorem quæstionem attinet, affirmativa satis perspicuè probatur *ex d. l. 17. §. 1. depositi* ubi disertè quoad hunc effectum sequestrum opponitur deposito, adeoq; infertur, quod in dubio & nisi aliter conventum sit, sequestrum sit causa habilis ad transferendam possessionem : quod cum aliis male invertit Tr. & tum demum sequestrum possidere putat, ubi hac expressa conventione res ipsi commissa fuit. Neq; si rectè inspiciatur, huic sententiæ, quod sequester possideat, contradicit *d. l. interesse 39. h. t.* quoniam potest possidere sequester, ut tamen nihilominus tempus procedat victori ad usucapiendum, ut sequester quasi victori futuro & quasi eius

An sequester possideat.

nomine possidere videatur: sicut creditor qui re vera rem pignoratam possidet, ut mox ostendemus, tamen ad effectum usucapiendi debitori & huius nomine possidere dicitur *l. 13. in pr. de usucap.* Sed quod alteram quæstionem attinet, evidentior pugna est inter textus paulo ante citatos: quoniam *in l. 17. §. 1. depositi* hoc agi dicitur sequestraria depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat: sed in d. l. 39. requiritur ut hoc expresse approbetur, rem omittendæ possessionis causa apud sequestrum depositam fuisse, cæteroquin sequestri possessionem ad usucapionem victori procedere. Distinguit hic Coras. inter sequestratam possessionem, & ipsam rem: quod ita explicari possit, ut à duobus, qui interdicto retinendæ experiuntur, ipsam controversam possessionem sequestratam fuisse dicamus. Sed obstat, tum quod uterq; textus de eâd. specie & casu loquitur, & inepte ad probandum possessionis sequestrum affertur *l. 34. h. t.* quæ tractat de amissione possessionis: tum quod semper in dubio & regulariter, ubi dubia possessio est, res sequestrari intelligitur, quod aliâs nemo rem eam cujus certam possessionem habet sequestraturus præsumitur: quem etiam casum esse d. l. 39. contra quam putat Coras. istud argumento est, quod dicitur ibi possessionem prodesse victori, ex quo dubium fuisse, uter possideret, colligitur, aliâs ei qui nec possedit nec possessionem sibi asseruit possessio nō prodesset. Distinctio quorundam inter sequestrū necessarium ad concilianda loca hæc frustra affertur, quoniā utrobiq; de eod. casu tractari apparet. Vix aliter hæc res expediri posse videtur, quam si verba *d. l. 39. h. t. & hoc expresse fuerit approbatum*, tanquam emblema sive Triboniani sive imperiti interpretis, expungantur: quibus deletis optime convenit *d. l. 39 cum l. 17. depositi*, ut scilicet in dubio omittendæ possessionis causa sequestratio facta intelligatur. Neq; iniquum videri debet, interrumpi ita usucapionē: vel quia hoc iniquum non est in casu litigiosæ possessionis, cum idē jus in utraq; parte statuatur: vel quia interrumpitur tantum quoad ipsas partes sequestrantes, nō quoad tertium, neq; debet in præjudicium partis adversæ cum qualis est compleri usucapio: vel deniq;, quoniam nec quoad ipsas partes quidem tota interrumpitur, sed tempora interim non computantur, & controversia decisa priora cum posterioribus coniunguntur. Et iuvat hanc coniecturā & emendationem, quod JCti, non de facto & probatione, sed de iure re-

re re-

re respondere solent: neq; immerito eius generis loca iudicio doctissimorum virorum interpolata à Tribon. habentur, veluti *in l. 26. de probat. l. 33. de legat.* 1. Plane ista ratio JCti in sæpe d. l. 39. ex qua sequestrum possidere affirmatur, quod possessionis omittendæ animo res ei tradita sit, non ita accipienda videtur, ut etiam valeat inversa, *non est tradita possessionis omittendæ causa, ergo sequester non possidet*: 1. quia in dubio hoc animo tradita intelligitur. 2. quia quoad effectum usucapiendi potest possessio retenta videri, ut nihilominus verè possideat sequester. Et tamen apparet *ex d. l. 39.* distinguendum hic esse inter species sequestri, quod aliud sit proprium, ubi res de cujus possessione controversia est, sequestratur: aliud improprium, quod ferè accedit ad naturam depositi in specie dicti, ubi res controversia in petitorio custodiæ magis causa sequestratur, ut de eius restitutione petitor tanto possit esse certior: hoc enim etiam ex cōventione fieri potest, cum aliâs res mobilis officio judicis & autoritate sequestrari, & ut loquitur JCtus *in l. 7. §. ult. qui satisd. cog.* apud officium deponi soleat. Illud deniq; hic annotandum est, obscurum & corruptum videri locum *in d. l. 17. §. 1. depositi* iis verbis, *nam tum demum sequester possidet, id enim agitur ea depositione, &c.* quoniam ad illud quod simpliciter JCtus dixerat, possessionem transire sequestrū, Inconcinnè subiiciuntur illa verba, *nam tum demum sequester possidet.* Qua de causa *Freher. lib. 1. parerg. c. 7.* versiculum illum accipit pro limitatione & ita locum illum emendandum & legendum putat: *tum autem demum sequester possidet, cum id agitur ea depositione*: cui tamen emendationi obstat, quod in dubio hoc agi ostendimus. Si emendare liceret, rectius ille locus se haberet, si ita legamus, *nam tum demum depositarius possidet*: quoniam ad regulam propositam, quod depositarius non possideat, hanc exceptionem ponit JCtus, nisi sit deposita res apud sequestrum, in quem scilicet depositarium transire possessionem affirmat. Nec minus concinna esset lectio, si totū illud, *nam tum demum sequester possidet*, ex contextu eijceretur, quoniam exceptio JCti in sequestro hac ratione subjecta confirmatur, quod hoc agatur depositione sequestraria, ut neutrius possessiori id tempus procederet.

Sic creditorem possidere.] Ait. quod velint creditorem possidere pignus, cum eo animo à debitore pignus ei tradatur. Quæ verba duplicem recipiunt intellectum. 1. tum demum possidere credi- An creditor possideat.

torem, cum hoc animo & hac quasi lege traditur res, ut à creditore possideatur, quomodo sæpe de sequestro statuit Tr. quæ sententia manifestò falsa est. 2. ut semper hoc & ex natura pignoris agi intelligatur, quæ sententia vera est. Et nimirum, quod creditor possideat rem pignoratam, probatur his textibus & argumentis, quæ, ut ante decem, amplius, annos in adversaria mea conjeci, ne quis forte alterius scrinia me compilasse imputet, ita hîc subiicere volui. Et 1. probatur *per l. si rem 9. §. 2. de pignor. act.* quod possessio rei pignoratæ transeat in creditorem: nec quicquam est quod suadeat illum locum accipi de nuda detentione: facit quod *in l. 17. §. 1. depositi eod.* genere loquendi negat possessionem transire in depositarium, qui utique detentionem rei habet. *ex l. 16. de usucap.* ubi hæc verba sunt JCti: qui pignori dedit ad unam tantum causam possidet, videlicet usucapionem: quod ad reliquas causas omnes qui accepit possidet: quod idem traditur *in l. 1. §. per servum. 15 h. t.* quibus locis verbum possessionis pro detentione accipi nō potest, cum debitor qui ad usucapionem dicitur possidere, utiq; non detineat rem. Dicitur autem debitor possidere ratione effectus, quod ob possessionem in creditorem translatam non interrumpitur usucapio, eoq; dicitur *in d. §. 15.* quod creditor ad illam causam & effectum possidere videatur. 3. fortirer hæc probatur sententia ex *l. 35. §. 1. de pignor act.* pignus, inquit JCtus possessionem transfert in creditorem, potest tamen debitor pro conducto vel precario re sua uti. Atquin omnis conductor possidet pro alieno: nullus conductor verè possidet, nec quicunq; possidet nomine alieno *l. 18. in pr. h. t.* & verò, si debitor possidet tanquam conductor *d. l. 35. §. 1.* possidet nomine creditoris *l. 37. h. t.* adeoq; necessum est non debitorem sed creditorem possidere, quia cuius nomine possidetur, ipse possidet *d. l. 18. in pr. h. t.* Adde quod nemo nisi possessor rem precario concedere potest, siquidem in precario accipientem transit possessio, ut paulo post ostendemus nec quisquam plus juris in alium transferre potest quam ipse habet: creditor autem precario pignus concedit debitori *d. l. 35. §. 1. de pign. act. l. 6. §. ult. de precar.* ubi nominatim dicitur rogari precarium possessionis. Et firmatur præcedens ratio hoc argumento: quod qui conducit fundum etiam quem emit, statim desinit possidere *l. 19. h. t. l. 76. de rei vind.* adeoque quod debitorem à creditore conducit, eum non possidere necessarium

ſarium eſt arg imentum: & fieri hoc ſolitum, ut debitor rem conduceret vel precario rogaret à creditore, docet *l.29.de pignor.act.l.non ſolum.33. §. ult. de uſucap.* ubi in f. expreſsè ait JCtus fieri id non ad hoc, ut debitor poſsideat, ſed ut ſaltem tenere liceat. 4. facit textus luce meridiana clarior *in l.37.de pipn.act.* in hæc verba: ſi pignus mihi traditum locaſſem domino, retineo poſſeſsionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius poſſeſsio, cum & animus mihi retinendi ſit, & conducendi non ſit animus adipiſcendi poſſeſsionem. Sed ne prolixius agamus quinto loco plures textus quaſi per ſaturam adducamus. *in l.22. §. ſi prædo de pign. act.* creditor vocatur bonæ fidei poſſeſſor, ſed bona & mala fides ſunt adiuncta poſſeſſionis veræ. *in l.13.§.1.de publ.& in l.22.§.1.de noxal.act.* poſſeſsio creditoris & cum precaria conjungitur, quæ vera poſſeſsio eſt, & iuſta inſuper vocatur: juſtè autem & injuſtè poſsidere ſunt qualitates veræ poſſeſsionis, quod probatur *ex l.3.§.5.h.t.* & ipſe Tr.th.1. agnoſcit. *In l.ſi.de eo.* 40. *h.t.* dicitur creditor de fundo pignorato dejectus per ſervum retinere poſſeſsionem. *In l.17.§.1.ad Velleian.& in l.* 10.*de pign.* vocatur abſolutè poſſeſſor: *in l.37.in pr. de acquir.rer dom.& in l.11.§.pen.de pign.* poſſeſsio penes eum eſſe dicitur, quam poſſeſsionē actione pignoratitia contraria à debitore petit *l.22. §.ſi poſt. de pig. act.* Facit huc quod debitor re ſubrepta propter poſſeſsionem interverſam creditori furti tenetur *§.6.&* 10.14.*Inſt.de furt.l.22.§.1.& ſeqq.de pign.act.* quod tributa fiſco perſolvit *l.42.de pact.* id autem poſſeſsionis onus eſt: & præcipuè quod actione Serviana rem à quocunq; poſſeſſore avocare poteſt *l.66.in pr. de evict.* actio autem in rem, non niſi ei competit qui ius poſsidendi habet. Et omninò cui actio in rem, cui interdicta poſſeſſoria competunt, eum poſsidere neceſſe eſt. His autem nihil obſtant, quæ à quibuſdam in contrarium adduci ſolent, & primo textus *in l.13.in pr.de uſucap.* ubi creditor dicitur poſsidere nomine alieno, talis autem non poſsidet *l.18.h.t.* Sed jam reſponſum eſt, debitorem ad unam cauſam intelligi poſsidere, ad uſucapionē, ſed non poſsidere re vera: quomodo ad effectum implendæ poſſeſsionis hereditas jacens pro poſſeſſore habetur *l.40.de uſucap.unde in l.33.§.4 de uſucap.* debitor ſimilis dicitur deponenti vel commodanti quantum ad uſucapionem: facit *l.36.h.t.* Et ſicut igitur debitor quoad iſtum effectum poſsidere videtur, ita ex adverſo creditor quoad hoc alieno nomine cenſetur

possidere, de quo casu & effectu agitur *in d. l. 13. de usucap.* 2. obiicitur *l. 15. Dig. qui satisd. cog.* Responsio fere est eadem, quod negatur esse possessor quoad illum effectum, ut liberetur ab onere satisdandi: siquidem regula initio *d. l. 15.* proposita, quod possessores immobilium non satisdent, tantum pertinet ad eos, qui rem possident ut propriam, quod scilicet hic executio in bonis istis fieri possit: quæ ratio cessat in creditore qui nudam & simplicem possessionem habet: facit quod *in d. l. 15. §. 3.* traditur fundo in dote dato & maritum & uxorem pro possessoribus haberi, videlicet quoad istum effectum cum aliâs duo in solidum eand. rem possidere nequeant: & igitur vera istius loci sententia hæc est, quod licet aliâs possessione per considerata creditor possideat, eum tamen in quæstione proposita pro possessore non haberi. 3. Obiicitur *l. 101. de legat. 3.* ubi legato eorum quæ quis possidet, non contineri pignora respondetur. Verum si pignora non possideri constaret, nulla foret dubitandi ratio: decidendi autem ratio perspicua hæc est ex mente testatoris, qui tantum possessa ut propria voluit legare, quod possessionis nudæ pignoratitiæ non simul legato & translato debito, velut in ea specie legatum non est, legatario nullus sit futurus usus. 4. magis obstare videtur *l. 3. § ult. ad exhibendum* ubi JCtus possessionem creditoris videtur opponere possessioni civili, & insuper eam comparare & conjungere cum detentione commodatarii & depositarii. Sed respondendum est, possessionem civilem ibi in specie sumi, pro ea quæ adjuncto animo domini ad usucapionem proficit, cuius respectu sæpe de possessione disputant JCti: quod potius admittendum, quam ut in tot textibus abusivè & impropriè JCtos loquutos fuisse dicamus. Et videtur *in d. l. 3.* quasi tria JCtus statuere genera, possessionis civilis in specie: detentionis, & possessionis simpliciter consideratæ medium obtinentis, qualis sit in creditore. Comparatio autem creditoris cum commodatario secundum quid accipienda est, & quoad effectum excipiendæ actionis ad exhibendum: cum præsertim illa comparatio sumatur *ex l. 16.* quæ est in diversi autoris: ex cuiusmodi coniunctione legum nihil solidi potest concludi. Et firmatur hæc responsio *ex l. 22. §. 1. de noxal. act.* ubi JCtus ait, quod licet creditor non possideat animo domini, eius tamen possessio iusta sit.

Et

Et omninò in genere ad obiectiones istas dicendum est, quod possessio aliquando ut ita dicam, sit plenior & pluribus effectibus juribusque ornata, aliquando nudior. Effectus possessionis est. 1. usucapere: quoad hunc iuxta *l.* 13. *&* 16. *de usucap.* creditor pro possessore non habetur. 2. conveniri actione noxali, quia noxa caput sequitur: creditor autem qui non potest servum in alium transferre quoad hoc pro possessore etiam non habetur *l.* 22. *de noxal. act.* 3. relevari ab onere satisdandi, quia videlicet executio fieri potest in bona possessa: quæ ratio quoniam cessat in creditore, ne hic quidem possessor intelligitur *l.* 15. *qui satisdat. cog.* 4. experiri iudicio communi divid. quo respectu etiam creditor non videtur possidere quippe cum hic non nuda possessio, sed etiam dominium requiratur; quamvis suo modo inter plures etiam creditores huic judicio locus sit *l.* 7. §. 6. *&* 12. *comm. divid.* unde & contra creditorem non debitorem, actio ad exhibendum datur *l.* 16. *de usucap.* Illustrantur hæc exemplo, quod sicut alius meliori, alius deteriori conditione civis est, & hic tamen etiam civis est itemque libertus alius meliori, alius deteriori conditione olim erat: ita quoq; possessio licet illis effectibus destituta, tamen possessio est: qui sufficit hic effectus ad arguendam causam, quod creditori actio in rem & interdicta possessoria conceduntur: licet verum sit, quod aliquando possessio ista, dum videlicet possessioni pleniori opponitur, minus honorificis nominibus appelletur: unde præter supra dicta respondendum est ad *l.* 3. §. *ult. ad exhibendum & l.* 88. *de acquir. hered.* ubi creditoris possessio vocatur qualis qualis: hoc autem verbum denotare improprietatem patet *ex l.* 3. §. *penult. de vi & vi arm.* Et constat igitur omninò possidere creditorem: sed quæritur an etiam possideat debitor: quod quidem ex Paul. sententia *in l.* 3. §. 5. *hoc tit.* qui omninò duos possessores non admittit, negandum, sed ex Sabinianorum sententia, admittendum erit: quod si enim & qui precarium concedit & qui rogat, uterq; possident, *l.* 15. §. 4 *de precar.* quidni etiam possidere possint creditor & debitor: quæ etiã non paucorũ sententia est, debitorem quidem civiliter, creditorem autem naturaliter possidere. Sed huic sententiæ duo præcipuè obstant. 1. quod dicitur *in l.* 1. § 15. *h. t.* per servum pignoratum debitorem non posse acquirere possessionem, quoniam eum non possideat: cætero-

teroquin civilis possessio procul dubio sufficeret ad acquirendam possessionem, quandoquidem etiam per servum fugitivum possessio acquiritur *l.1.§.14.h. t. & l.25.in f.de liber.caus.* 2. quod dicitur *in l.16.de usucap.* debitorem possidere ad usucapionem tantum, ad reliquas omnes causas possidere eum qui pignori accepit *& in l.1.§.15 h t.* ad unam tantum causam videri possidere debitorem, videlicet ad usucapionem: cui assertioni JCtorum obiicitur tum *l.15.§.1 qui satisd.cog. tum l. 22. §. 1. de noxal.act.* quibus locis probatur quod debitor habeatur pro possessore quoad hunc effectum, ne cogatur satisdare, itemq; ut conveniatur noxali actione ut proinde falsum videatur, quoad unam tantum causam possideat debitor. Sed quod ad prius attinet respondeo dupliciter. 1. quod ad eum effectum, ne quis satisdare teneatur, non videatur necessaria vera possessio, siquidem etiam uxor quod hunc affectum pro possessore fundi dotalis habetur, quem certo jure non possidet. 2. quod fallum videatur debitorem qui v.c.fundum pignoravit, liberari onere satisdandi: quod ita consultum non sit actori, si postea creditor morante debitore, rem distraxerit. Quod ad alterum attinet, rectè responderi puto, quod ad fundandam actionem noxalem non requiratur possessio, sed sufficere, quod super iis servis qui noxam, commiserunt, ei qui convenitur, non posit moveri controversia dominii, & ut est *in d.l 22.§.1.de noxal.act.* quod dominus eos repetendi habeat facultatem: Sed & iste effectus possessionis, si talis est, non respicit commodum posidentis: de cuiusmodi effectibus intelligendi sunt textus *in d. l. 1. §. 15. de acquir.poss. & in l.16.de usucap.*

Sic precario rogantem.] Quod qui precario rogavit, posideat, probatur expresso textu *in l.4.§.1.l.15.§.4.de preca.iunct.l. ult.eod.& l. 22.§.1.de noxal.act.l.13.§.1.de publ.l.7.§.4 communi divid.* ubi possessio precaria coniungitur cum possessione creditoris, & utraq; possessio justa appellatur. Facit *l.3.§.5 de acquir.possess.* ubi in disputatione, an duo posint in solidum posidere JCtus exemplum mutuatur à precario, quod ineptè fieret, si precario rogans non posideret. Accedit *l. 21. §. ult.h.t.* ubi ab eo qui precario rogavit, possessio ad dominum reverti dicitur. Fac. bene *l. 13. §. si is qui 7.h.t.* ubi tempus quamdiu quis precario rem tenet, negatur accedere ei qui precario concesit. Facit portò, quod cum effectus arguat suam causam,

& ut

& ut supra th. 1. tractatum, is qui interdicta & remedia possessoria habet, necessaria consequentia possideat, interdicta quoque competunt ei qui precario rogavit *l. qui precario.* 17. *de precar.* Et proinde errant, qui tum demum possidere existimant precario rogantem, ubi hoc ipsum, ut sibi possidere liceat, rogavit: quoniam rationes supradictæ evincunt, non ex conventione speciali hoc fieri, sed ex natura conventionis & contractus. Neq; favet istorum sententiæ *l. 2. §. ult. de precar.* ubi dicitur eum habere precario qui preces adhibuit & impetravit ut sibi possidere vel uti liceat: ex quo videtur colligi posse duas esse precarii species, alteram qua simplex usus, alteram qua etiam possessio contineatur. Etenim nō ista distinctio precarii est, sed obiecti potius, quod est vel corporale, vel incorporale vel ut in d. §. ult. loquitur JCtus est vel corpus vel ius: illud possidemus, hoc utimur, quoniam rerum incorporalium possessio non est, & si qua est, ea in usu: idq; confirmatur *ex l. 3. seq.* ubi proponitur precarium servitutum. Potest tamen ita accipi precarium, ut possessio non transeat: quo referenda videtur *l. 6. §. 2. de precar.* ubi negatur possidere, qui ita precario rogavit, ut sibi in fundo morari liceat. Non obstat etiam *l. cum & sortis.* 35. §. 1. *de pign. act.* ubi precarium & conductio conjunguntur. Etenim coniunguntur iuxta subiectam materiam, quod debitor rem pignoratam & precario rogare & conducere possit, sed minimè eod. effectu, per textum expressum *in l. 21. inf. h. t.* ubi si qui precario rogavit, rem à domino conduxit, possessio ad dominum reverti dicitur: ut manifestum sit, hac ipsa in re conductionem à precario differre. Obiicitur porrò exemplum commodatari, quem non propriè possidere constat, & ille tamen plus juris, quam qui precario rogavit, habere videtur, quippe à quo res semper avocari potest nec obstante quidem pacto *l. 12. de precar.* Responderi potest, quod hic ipse inde terminatus usus, qui etiam longius durare potest, plus juris tribuere videatur precario roganti: idq; idque ita existimasse JCtos, ostendunt expressi textus, qui possessionem & pro ea interdicta huic concesserunt, & hunc contractum ita acceperunt, ut possessio ipsa precario rogata & concessa intelligeretur. Obiicitur etiam *l. 15. §. 4. de precar.* quod si enim duo in solidum possidere non possunt, & qui precario concessit possidet, sequitur precario rogantem non possidere. Verum hunc quoq; possidere ibid. dicitur, & agemus de hoc infr. *h. th. lit.* K.

Tentari tamen potest.] Si constaret sibi Tr. non tentare, sed simpliciter negare deberet: siquidem in his omnibus deest animus dominii, quem ipse supra th. 1. ad essentiam possessionis requirit. Quod autem addit illos vel non possidere, vel propter jus, quod in re habent possidere, prorsus in subtile est: quoniam ut quis possidere possit, eum ius tale quod causetur possessionem in re habere oportet, itaq; qui propter jus quod in re habet possidet, ille re vera possidet.

LIT. G.

Fructuarii.] De his iam actum est supra th. 1. & in eam rem adducti textus, quibus usufructuarius possidere dicitur & negatur. Nihil autem movet hoc argumentum, quod ex cit. à Tr. *l.* 49. *in pr. h. t.* colligi potest, quod per quem acquirimus possessionem, eum etiam possidere videamur. Etenim nulla consequentia est, siquidem Justin. *in § de iis autem 4. vers. sed bonæ Institut. per quas pers. acquir.* fructuarium possidere negat, & tamen per servum cuius usumfructum habet possessionem acquirere affirmat: & alias quia dominus utique non est, nec dominium per servum fructuarium, ex operis ipsius & re sua acquireret: quin & per procuratorem, *l.* 1. §. 20. *h. tit.* & per servum prorsus alienum *d. l.* 1. §. 19. acquirimus possessionem: & plenissima illa fructuarii detentio ad hunc effectum producendum satis sufficiens est.

Vbi distinguit.] Distinctio hæc inter jus utendi fruendi & ipsam rem fructuariam, inepta & nullius momenti est: etenim nullus dubitat quin usufructuarius quasi possideat jus illud incorporale, sed de ipsa re tota controversia est, de eaque omnes textus tractant & loquuntur.

Idque ad vasallum & emphyteutam.] Plane vitiosam hac in quæstione comparationem esse existimo vasalli sive emphyteutæ & fructuari, qui longè minus juris habet: & tanto peius à quibusdam emphyteuta comparatur hic cum colono, & omninò possidere negatur. Quam sententiam ego nec concoquere nec ferre possum, & aut plane me judicium fallit, aut si quid certi in jure est, hoc certum esse existimo, quod emphyteuta & civiliter & naturaliter possideat, dominus autem directus qui vocatur, non possideat. Probatur hoc exemplo creditoris, quem illi ipsi possidere

non

non negant, quo plus utique juris videtur habere emphyteuta, quippe qui plenissimum jus habet, ideoq; etiam quoad eum effectum, ne satisdare cogatur, pro possessore habetur *l. 15. §. 1. qui satisd. teneant.* creditor autem tantum in securitatem debiti rem tenet. Neque simplex jus habet emphyteuta, sed etiam, ut Dd. loquuntur, utile dominium, vel ut alii, jus dominio proximum, cuius vigore etiam ab ipso domino directo rem vindicare potest: in eoque plus juris habet quam qui precario rogavit & possidet, qui interdictum contra ipsum concedentem non habet *l. 17. de precar.* Et sive à posteriori sive à priori consideremus possessionem, non animadverto, quomodo negari possit emphyteutæ: hoc, quia habet jus insistendi rei vacuæ, eamque apprehendendi, quod dominus non habet: illo, quia habet interdicta & remedia possessoria, imò ut jam dictum, ipsam in rem actionem. Quæ sane ratio fortissimè concludit, & emphyteutam possessorem esse probat: siquidem remedia possessoria sunt, quibus possessionem adipiscimur, tuemur & recuperamus: quæ alicui concedere, & ei tamen negare possessionem, meram implicat contradictionem: qua de causa Ulpian. *in l. 9. de rei vindicat.* possessionem quæ interdicto defenditur, opponit simplici detentioni. Neque movet quod etiam fructuarius habet interdictum unde vi *l. 3. §. pen. de vi arm.* vel quia tantum utile interdictum est, vel quia fit odio violenti invasoris, & parum abest quin possideat fructuarius. Amplius qui jus perpetuum habet & transmissibile, ita ut illud & rem ipsam, pignori dare, legare, permutare, & quocunque modo in alium transferre possit, ei negare possessionem prorsus videtur absurdum: tale autem jus habet emphyteuta *l. 71. §. ultim. de legat. 1. l. 31. de pignor. §. adeo 3. Inst. de locat.* Nec quicquam hic mutavit Justin. *in l. 3. Cod. de jur. emphyt.* nisi quod requirit, ut denuntietur domino, & novus emphyteuta autoritate eius in possessionem inducatur. Et ut maximè quid mutasset, non tamen juvaret hoc diversæ sententiæ autores, qui hoc præcipuè argumento utuntur, quod emphyteuta annuam solvit pensionem: in quo argumento manifesta committitur fallacia: quoniam non hoc solum quod jus domini respicit, sed magis quod jus emphyteutæ, in decisione huius quæstionis est attendendum, cæterùm, quod ma-

Quando Emphyteuta Possideat.

nifestò falsum est, nec ex contractu censitico possessio transiret: & Justin. *in d.* §. 3. non tantum locationi, sed etiam venditioni in multis similem docet esse emphyteusin, unde fortius argumentum deducitur pro possessione emphyteutæ, qui etiam non mercedem sed in nudam dominii directi recognitionem annuam pensionem solvit. Neq; possis hic confugere ad nudam civilem possessionem, quæ extra casus speciatim exceptos, nulla est: & alia ratio est precario concedentis, quin *in l.* 15. §. 4. *de precar.* dicitur animo retinere possessionem: quonim hic quandocunq; vult rem ad se revocandi habet potestatem. Sed video hic occurri exemplo superficiarii, qui actionem in rem habet *l.* 1. §. 3. *& 6. de superficieb.* & ei tamen possessio negari videtur *arg. l.* 3. §. 7. *in f. uti possidetis*, ubi negatur ei interdictum illud: & hinc conantur probare falsam esse propositionem, quod quicunq; actionem in rem habet, etiam possideat. Sed velim intelligere, quomodo non plus sit in actione in rem, quam in simplici interdicto: & considerandum hic 1. quod *in d. l.* 3. §. 7. concurrit dominus, cuius potior ratio est, propter solum, quod ad se trahit quasi superficiem, ut non immerito in interdicto uti possidetis sit præferendus. 2. quod textus ille tractet de casu superficiei simpliciter locatæ. 3. quod actio in rem quæ datur superficiario, non est nativa, sed dativa, quam ex ratione JCti *in l.* 1. §. 1. *de superfic.* proposuit prætor, ideoq; quasi in rem appellatur *in d. l.* 1. §. 1. *in f.* quia non simpliciter, sed causa cognita datur. 4. quod negato uno interdicto non protinus negentur omnia, per *d. l.* 1. §. 1. *& t. t. de superficieb.* ut proinde rectè defendatur, quod superficiarius cui in rem actio & interdicta dantur, possideat. Nihil plane obstat *l.* 2. *C. de præscript.* 30. *annor.* 1. quoniam ibi improprie usurpatur phrasis, *non sibi sed alii possidere*, quoniam id dicitur etiam de iis qui rem precario rogaverunt imò & creditore, & utiq; verè possident. 2. agitur ibi non de emphyteuta sed de colono vero qui pro fundo ad tempus conducto annuam præstat mercedem: alia autem ratio est emphyteutæ, qui *in l.* 31. *de pignor. & l.* 1. *C. de administrat. reipubl.* & alibi possessor appellatur: neque ratio ulla est, quæ hoc verbum impropriè accipi suadeat, imò contrarium ratio suadet. Atque hæc ita in emphyteusi propria, de cujus natura est, ut in perpetuum fiat, & in recognitionem dominii annua pensio non respondens fructibus præstetur: ut notatum supra *part.* 1. *disput.* 29. quod si

enim

enim & merces proportionata fructibus solvatur, & emphyteusis ad tempus præsertim modicum restricta sit, parum abest à locatione.

LIT. H. & I.

De eo qui familiaritatis gratia fundum ingreditur, res liquida est, quia solum corpus citra animum non sufficit. Qui autem ex primo decreto missi sunt in possessionem, laxè sumto verbo, possidere dici possunt naturaliter. Cæteroquin phrasis illa, *esse in possessione*, ambigua est: & solet quidem ita usurpari, ut negetur possidere, qui in possessione est: sed tamen alio sensu per argumentum à coniugatis, quod fortissimum esse logici volunt, quicunque in possessione est possidere, & retro, rectè dicetur.

LIT. K.

A pluribus in solidum.] Non ignota hæc regula est, quod duo eand. rem in solidum possidere nequeant *ex l. 3. §. ex contrario 5. hoc titul.* ubi Paul. non magis ait fieri posse ut duo in solidum rem eand. possideant, quam ut duo stent vel sedeant in eod. loco scilicet proprio. Etenim sive à corpore, sive ab animo possessionem æstimamus, neque duo rem eand. in solidum corpore tenere possunt, & cum animus unius totum complectatur, alterius possessioni locus non datur. Veruntamen hæc ratio fortiter quidem in eod. genere possessionis, sed non æque in diverso militat: & Sabiniani posteriori hoc sensu duos, alterum civiliter alterum naturaliter, alterum iustè alterum iniustè possidere eandem rem posse existimaverunt: cum nihil prohibeat, aliquem animo possidere civiliter, ut corporalis tamen possessio penes alium existat, ut paulo pinguius ex sententia Proculianorum *in l. 3. §. 5. hoc tit.* disputare Paulus videatur. Et hoc accidere videtur in specie *l. 6. §. 1. h. t.* in qua & absens civiliter & iustè, & alter ingressus naturaliter & iniustè possidet: idemque contingit in precario, ut possideat qui rogavit, nec tamen possessio civilis discesserit à concedente, qui rem quandocunque vult, revocare potest: veluti hoc expressum *est in l. 15. §. 4. de precar.* quem locum prorsus contortè aliqui noviter ita explicant, quasi *in vers. an*

Quomodo plures poss. possidere.

is quoq;, propoſita quæſtio non referenda ſit ad præcedentis membri ſpeciem, qua qui rogavit poſſidet, ſed generalius ſit accipienda, an aliquo caſu poſſideat, qui rogatus eſt, videlicet eo, quo non poſſidet, qui rogavit, de hoc enim caſu ſaltem quæri id potuiſſe, non de altero, quo poſſidet qui rogavit, cum duo in ſolidum non poſſideant. Verum hic quidem principium peti videtur, quoniam Sabiniani diverſo poſſeſſionis genere, duos poſſidere abſurdum non dicebant: & obſtat huic explicationi, quod ut antè probatum, regulariter & in dubio poſſidet, qui rem precario rogavit, quod ita etiam ſimpliciter *in dict. leg.* 15. §. 4. proponit JCtus & inde quærit an etiam poſſideat alter qui concedit: ubi quæſtionem aliam & generaliorem fingere, alienum eſt à mente JCti, qui paulò frigidiùs & ſubineptè quæreret, an concedens poſſideret, ubi poſſeſſio ad rogantem non tranſit: & ipſa ſeries & contextus pluſ quàm manifeſto arguit, unum ibi caſum tractari, & apertiſſimè, quod JCtus ipſe penes utrumque hominem eſſe ait, qui precario conceſſus eſt, corporaliter penes rogantem, civiliter penes rogatum: neque ſunt captanda verba JCti, quaſi aliud ſit poſſidere, & penes aliquem eſſe: vel quia verba ſunt accipienda juxta ſubiectam materiam, & cum quæſtio ſit propoſita de poſſeſſione, de eadem etiam reſponſum accipi debet: vel quia ipſe JCtus phraſin illam, *penes utrumq; eſſe*, ſtatim ita explicat, quod qui rogavit, poſſideat corpore, qui conceſſit, non diſceſſerit animo poſſeſſione: & adeò juxta iſtam explicationem phraſis huius, *penes aliquem eſſe* ſimpliciter, & in omni ſpecie precarii, quod penes neutrum poſſeſſio eſſet, aut quod penes utrumque æqualiter eſſet, ſequeretur. Et longè ſincerius *Cuiac. 9. obſervat.*22. & Tr. hic fatentur proponi iſtud *in l.* 15. §. 4. ex ſententia Sabin. à qua cæteri JCti, & aliqui etiam illorum, qui partes Sabini aliàs tuebantur, fecerint diſceſſionem: idque tantò facilius admittemus, quod negari vix poteſt ex eiuſdem Sabini ſententia deſcendere reſponſum Ulp. *in l. 3. in pr. uti poßidetis*, quem tamen locum iidem illi, de quibus modo diximus noviter explicant, quaſi Ulpian. minimè ibi probet ſententiam Sabini, ſed tantum ex hypotheſi diſputet, quid ſententia illa præſuppoſita ſit eventurum, imò amplius putant, quod ab Ulpian. argumento ad abſurdum ducto ſententia Sabini loco illo

ſolidiſ-

ſimè refutetur : quod admiſſa ſententia Sabini futurum ſit, ut non poſſit conſtitui cauſa petitorii & poſſeſſorii, & quoniam injuſtus poſſeſſor non ſit provocaturus ad petitorium, hoc ſub periculo difficilis dominii probationis ſuſcipere, & ita omittere poſſeſſionem juſtus poſſeſſor cogatur: quo forte poſtea in probatione dominii deficiente, alter injuſtitiæ ſuæ ſentiat lucrum. Sed ſcilicet aliquando ipſis JCtis ſubtiliores ſumus: & mihi quidem nemo perſuaſerit, hanc Ulpian. fuiſſe mentem: quæ etiam non niſi per puram putam divinationem ipſi tribuitur. Et non protinus renuntiat poſſeſſioni, qui petitorium inſtituit *l. 12. §. 1. hoc t. & Vlpian. in dict. l. 3.* non quod ex accidenti contingere poteſt, ſed jus utriuſque poſſeſſoris in illo interdicto conſideravit, & quod nihil ad alterum pertinet, quod alter injuſtè, ſed non ab ipſo poſſidet. Sed & alia præter ſimplicem poſſeſſionem, ex quibus alter altero ſuperior exiſtit, in hoc interdicto attenduntur, ut docet *§. retinendæ 4. Inſtitut. de interdict.* Quin ſi ponamus, duos ita poſſidere non poſſe, non minus eveniet, ut qui juſtitiam cauſæ ſuæ allegat, negandus ſit poſſidere, & ab interdicto excludendus, quoniam ſola juſtitia cauſæ non tribuit poſſeſſionem, ſed apprehenſionem accedere neceſſe eſt, in qua prior & potior eſſe poteſt qui injuſtam cauſam habet: quo caſu plane claudicat paulo ante adducta explicatio. Memini, quoſdam ita reſpondere *ad d. l. 3. in princ. uti poßidetis*, quod ibi duo dicantur poſſidere reſpectu intentionis in iſto interdicto, quod uterque ſe poſſidere contendit, & intentioni ſuæ colorem quærit, licet re vera non poſſideat. Verum ex Sabini ſententia illud ab Ulp. proponi argumento eſt, quod mentionem facit juſtæ & injuſtæ poſſeſſionis: quoniam hæc fuit ſententia Sabini, non poſſe quidem concurrere in duobus poſſeſſionem eiuſdem ſpeciei, ſed diverſæ ſpeciei poſſe: plerumque autem contingit, licet non ſemper ut ex duabus poſſeſſionibus eiuſdem rei, naturali & civili, altera juſta ſit, altera injuſta: idque apparet ex ipſa diſputatione *Pauli in l. 3. §. 5. hoc tit.* Et proinde non rectè à Treutler. & aliis pro ſententia Proculi, quod duo in ſolidum poſſidere non poſſint, affertur *l. duo 19. in princip. de precar.* quia imò ex eo quod ibi Julian. duas juſtas & duas injuſtas poſſeſſiones concurrere negat, à contrario ſenſu inferri non abſurdè poteſt, duas poſſeſſiones, quarum altera juſta altera injuſta ſit,

ſta ſit, in duobus poſſe concurrere. Eâd. de cauſa male adduci puto reſponſum Ulp. *in l. 5. §. ult. in princ. commodati* nam & ibi negatur concurrere poſſe duas poſſeſſiones naturales: nec proinde ſatis probavit Treut. quod ſententia Sabini ab Ulp. fuerit improbata. Et hoc etiam vidit Jaſ. qui *in d. l. 3. §. 5. h. t. col. 1.* expreſsè ſcribit, niſi obſtaret textus expreſſus ſe potius probaturum ſententiam Sabini, & dicturum, quod Paulus male reprehendat Trebatium qui non eandem ſpecie poſſeſſionem ſub qualitatibus tantum diverſis, ſed diverſas poſſeſſionis ſpecies in duobus concurrere poſſe ſtatuerit. Nihil autem huc pertinet quod traditur *in l. 15. §. ſi fundus 3. qui ſatisd. cog.* quod uterque coniux maritus & uxor fundi dotalis poſſeſſores intelligantur: quoniam ita dicitur, non quod revera uterque poſsideat, quoniam maritum ſolum poſſidere certum eſt, ſed quod etiam uxor propter jus quod in fundo dotali retinet, quoad effectum relevandi ab onere ſatisdandi, pro poſſeſſore habeatur: & errat hic *Vaud. lib. 2. quæſt. c. 3.* dum ab uxore cum marito fundum dotalem poſſideri ſtatuit: cæterum *Cuiac. 10. obſ. 32.* tantum de dominio mariti & uxoris, & quomodo uterque rei dotalis dominus dicatur, tractat. Notandum hic autem, quod Tr. hic aliter quam ſupra th. 1. accipiat poſſeſſionem naturalem & civilem, & nimirum iuxta ſententiam & explicationem Dd. licet in f. th. opinionis ſuæ iterum ſit memor. Notandum & illud, videri hic eſſe errorem typographicum, & *in verſ. ea ſententia*, legendum eſſe, *& aliorum, ſed non Sabinianorum*: quoniam Proculiani, nullo modo duos poſſeſſores eiuſdem rei in ſolidum admittebant: & procul dubio hoc vult dicere Tr. tres eſſe hic opiniones, primam eorum, qui alium civiliter, alium naturaliter poſſidere ſtatuebant, quæ fuit Sabinianorum: alteram eorum, qui duos civiliter poſſidere poſſe putabant, quæ fuerit quondam hic enumeratorum, ſed non Sabinianorum: tertiam denique eorum, qui penes duos naturalem poſſeſſionem eſſe poſſe defendebant, quam Tr. adſcribit Martino, ſed ab omnibus improbatum fuiſſe ait. Quamvis *Iaſ. in d. l. 3. §. 5.* referat Bart. exiſtimaſſe, quod penes duos eſſe poſſit naturalis poſſeſſio, quæ tenderet ad diverſos fines, velut uſuarium & fructuarium.

THE-

Thesis V.

Lit. A.

Proponit primum effectum possessionis, relevari ab onere probandi, haud scio an satis rectè: non tam, quod non est perpetuus effectus, sed tantum locum habet in casu rei litigiosæ: quam potius quia hic effectus non tam fundatur in jure possessionis, quam potius in jure communi & privilegio reorum. Accedit, quod verbo possessionis paulò latiùs sumto, particularis hic tantùm effectus est, non omni competens possessioni: maximè cum Tr. effectum istum ita explicet, quod possessor præsumatur dominus, quod non nisi in civili possessione verum esse potest: de qua re vide citatos à Jason. *in §. sed istæ. Instit. de act. num.* 26. Obiter autem addit Treutl. quod præsumatur intermedia possessio ex probatione extremorum, *ex Covarr. in cap. possessor.* §.1. *in princip. part.* 2. verum hic plus dicit, quod nec opus sit probatione extremorum, sed quod olim possessor hodiè quoque possessor præsumatur, modo possidere se hodiè alleget: & addit hanc rationem, quod possessio animo retineatur, cuius mutatio non præsumatur.

Item nomine proprio.] Hoc etiam quomodo rectè inter effectus possessionis referatur, non satis animadverto, quod quisque suo potius quam alieno nomine possidere intelligatur: cum præsertim eum, qui alieno nomine possidet, non possidere constet.

Lit. B.

Fructus lucratur.] Hic quoque effectus generalis & adæquatus non est: quoniam non omnes possessores fructus lucrantur, veluti sequester creditor, & quivis malæ fidei possessor: & ex adverso quidam non possessores lucrantur fructus, veluti fructuarius, colonus. Et adeò effectus ille est possessionis civilis cum bona fide, sub distinctione tradita *disputat. præced. thes.* 5. *& part.* 1. *disput.* 15. *thes.* 11.

Lit. C.

Non cogitur titulum allegare.] Textus est *in l. cogi.* 11. *C. de pet.*

Tt

hered. ex qua Tr. addit exceptionem, nisi mota hereditatis petitione: Quod ambiguè dicitur, quoniam titulus pro possessore titulus re vera non est, nec simpliciter etiam titulus pro herede, ut explicatum supra *part.1.disput.14.& ead.part.1.disput.15. th.3. lit.* E. aliter & præter mentem Tr. explicavimus *d.l.11.C. de petit. hered.* Excipit autem Tr. duos casus, 1. nisi juris præsumtio refragetur possessioni, veluti si laicus possideat jus decimarum, 2. si dominus feudi noviter acquisiti à vasallo id petat: quæ si recta exceptio est, sequetur quod vasallus hoc casu teneatur dicere titulum possessionis suæ. Quod ex *cit. Pistor. quæst.46.part.*1. non probatur, & ex *cit. Gail. 2.obs.69.n.6.&*7. contrarium potius aut plane diversum probatur, quoniam Gail, ibi docet, quod feudum sit species quædam servitutis, eoq; res quævis allodialis potius quàm feudalis præsumatur: unde hoc potius colligitur, quod si dominus ex feudo novo servitia petat, quod probatio, rem esse feudalem, ipsi incumbat.

LIT. D.

Plures sub hac lit. cumulat effectus, & 1. quod ex civili possessione acquiratur dominium: & est adeò hic effectus specialis, à lege, aliis tamen concurrentibus, introductus. Est etiam homonymia in verbo, *civilis*: ista per excellentiam civilis dicitur, quæ etiam ad usucapionem efficax est: sed & illa, quæ interdictis & remediis possessoriis defenditur, quodammodo civilis est, ut notatum supra th.1.

Quod possidens potior.] Hunc quoque effectum refert, quod possidens sit potior non possidente, etiam causam habente *ex l. quoties. 15.C. de rei vind.* Quæ oppositio recta non est, quia in specie *d. l.* 15. etiam possidens habet causam: & aliàs etiam mala est collatio possidentis, & jus in re habentis, cum eo qui nudam habet causam, adeoque nudam personalem actionem: cæteroquin si traditio facta & postea possessio amissa proponatur, minimè simpliciter verum erit, quod hic tradit Tr. si videlicet vel à vero domino, vel etiam à non domino, à quo ipse possidens causam habet, res tradita fuerit *l.9.§.si duobus. de publ. act.* sicuti & in causa hypothecæ, quæ actionem in rem tribuit propositio Tr. fallit *l. 14. qui potiores in pignore*

gnore nisi forte Tr. simplicem prærogativam, quamdiu alius nihil probat, hic intelligit.

Quod & in feudo.] Quod possidens potior sit, obtinere etiam admittit *ex Pistor. quæst.* 29. in feudo à principe concesso Cui contrarium est, quod ipse Tr. tradidit supra *disp.* 19. *th.* 8. *lit. A.* si feudum vel castrum à principe duobus concessum sit, eum præferri, cui prius res promissa fuit, licet alter prius venerit in possessionem: de quo ibid. plenius actum est.

Quod possessio immobilium.] Alium hic proponit effectum, quod possessio immobilium tollat suspicionem fugæ. Parum subtiliter, quoniam hoc non fit tam propter simplicem possessionem, alias etiam creditor aut sequester hoc jure uteretur, quam quod res possessæ sunt in bonis, ut in eas executio fieri possit, adeoque idem effectus erit, etiamsi non possideat, nec ideo à cautione excusatur, quod de fuga non sit suspectus, sed quia est, unde satisfiat creditori, cui alias ut maximè reus inidoneus non fugiat, minimè sit consultum. Hoc ergo operatur immobilium possessio, ne reus ex defectu cautionis arresto constringatur, vel in carcerem conjiciatur: quod tamen in criminalibus gravioribus vix locum habebit, in civilibus autem cur hic fugiat, nulla causa est. Ideoque proprius hic effectus est, liberari onere satisdandi, quem operantur immobilia, maximè quoad cautionem de judicio sistendo in criminalibus, iis casibus, quibus aliâs dandi essent fideiussores.

Item possessio pignoris.] Hoc quoque quod possessio pignoris operetur jus offerendi minus rectè inter possessionis effectus referri existimo: quoniam ita jus commune est, ut quilibet etiam, pro ignorante & invito solvere, & sic obligationem tollere & pignus liberare poßit.

Lit. E.

Non potest privari possessione.] Quoniam hoc commodum est possesionis, ut in ea defendatur, donec alius vel in petitorio, vel in possessorio potiora jura ostendat: quod Tr. ampliat 1. in possesione injusta, videlicet sine causæ cognitione. 2. etiamsi subsit periculum armorum: quoniam hæc non est vera justitiæ ratio, ut propterea alteri fiat injuria, & jus quæsitũ auferatur; sed petulantia

eius, qui arma illaturus creditur, legitimis remediis potestate superioris est coercenda: si modo id commodè & citra periculum maius fieri possit, cæteroquin publicæ tranquillitatis maximè in turbato reipub. statu, potior habenda est ratio, utcunque privato levis aliqua injuria inferri videatur: idque etiam constitutioni Imperij convenit.

Nec ob contumaciam quidem.] Cum propter contumaciam missio fiat etiam in omnia bona, mirum videatur nō posse ex ead. causa rem aliquam singularem sequestrari, cùm ita possit obtineri idem finis, quem intendit missio, ut debitor tædio custodiæ, veniat & respondeat: etenim Tr. ita loquitur, quod sequestrationis, utpotè regulariter prohibitæ, contumacia justa & sufficiens causa non sit: & possit inter sequestrationem & missionem ex primo decreto hæc dari differentiæ ratio, quod per hanc non protinus possessione expellitur debitor *l. 5. in pr. ut in possessionem legator.* Sed tamen non videtur contumaci hic parcendum, & est hæc sententia aliena à mente citati *Gædd. c. 1. de sequestrat. num. 106.* qui ideo non vult admitti sequestrationem, quod per eam nimis clementer agatur cum reo, & quædam injuria actori inferatur. Quæ sententia tum insubtilis, quod pleraque hæc arbitraria sunt, tum falsa videtur in casu missionis ex primo decreto in personalibus, quæ fit solius custodiæ gratia: quoniam nihil hic habet, quod conqueratur creditor, qui etiam onere custodiæ, quæ aliâs ipsi incumberet, relevatur. Verum in casu actionis realis, cum res singularis petitur, & missio in possessionem ex communi sentētia hunc effectum habet, ut ad minimum post annum petitor efficiatur verus possessor, & inde contumaci onus probandi dominii incumbat, de quo actum supra *disp. 18. th. 6. in f.* non rectè fecerit judex, si contra ordinem juris cum injuria petitoris rem faciat sequestrari.

Ob periculum dilapidationis.] Hoc maximè pertinet ad casum petitæ rei mobilis, quæ facile intervertitur *l. 7. §. ult. qui satisd. cog.* eodemq; referendus videtur casus sequens, de periculo fugæ causatæ ex denegata cautione: etenim rem immobilem debitor fugiens se cum auferre non potest: quamvis utrumque, ut negata sit cautio, & debitor suspectus sit de fuga requiri non videatur, sed sufficere negatam esse cautionem *argum. dict. l. 7. §. ult. qui satisd. cogant.* nam quod ibi additur de suspecta persona, rectius ad periculum

lum dilapidationis & corruptionis, quam ad suspicionem fugæ referri videtur. Cætera quæ hic de sequestratione judiciali tranctantur, proposita etiam à Tr. sunt *supra disp.26.th.11.*

LIT. F.

Effectus hic liquidus est, quod cuivis licitum sit, videlicet cum moderamine inculpatæ tutelæ possessionem suam defendere *l.1.C.unde vi,* sicut & amissam in continenti propria autoritate recuperare licet. Ex quo infertur à Tr. quod omne in nostro ædificatū, quatenus possidemus, propria autoritate destruere possimus: de quo actum est supra *disp.* 18. *th.* 2. *inf.* ubi eand. prorsus quæstionem tractat Tr.

THESIS VI.

LIT. A.

Ait probari possessionem ex sola insistentia: cui convenit quod tradidit th. præced. præsumi quem potius nomine proprio quam alieno possidere: sed minus convenit quod mox hac lit. insistenti imponit necessitatem probandi animum possidendi. Neq; hoc requirit cit. Mascard. sed simpliciter *vol.3. conclus.*1179. tradit, quod ex sola insistentia præsumatur possessio, pro quo autem præsumtio est, eum non gravari onere probandi constat: & cum possessionis plurima sint commoda, simul cum insistentia etiam animus præsumetur, & cum possessio non sit sine animo, aliâs contra Mascard. sententiam, ex sola insistentia possessio probari non posset. Addit autem Mascard. tres limitationes 1. nisi alius possideat, siquidem duo in solidum possidere non possunt, adeoque apparet hic requiri insistentiam in re vacua. 2. nisi ipsius rei natura repugnet, veluti si agatur de re spirituali, cui insistat laicus vel si quis commodatarium se aut depositarium fateatur. 3. nisi res sit incorporalis: quod hic requiratur, ut quis suo jure actus possessorios exerceat. Verum licet hic re vera nulla sit insistentia, sed tota possessio consistat in usu, possit tamen defendi contra Mascard. ut quis suo jure exercuerit actus possessorios, ad petitorium pertinere, non ad possessorium, in quo simplex probatio usus non immerito ad victoriam sufficere debet, per notat. supr. *th.*

1. *lit. D. in f.* Neque huic ſententiæ, quod ex ſimplici inſiſtentia præſumatur poſſeſſio, obſtant à Treut. citati autores *Gail. 2. obſer. 48. & 106. Maſcard. vol. 1. concluſ. 94.* quoniam tractant de iis, quæ in mero animo conſiſtunt, veluti ignoraſſe aliquid, non habuiſſe injuriandi animum, quæ ex communi ſententia probantur per juramentum, ut etiam ſupra tractat Treut. *diſput. 4. th. ult. lit. G.* hic autem ex inſiſtentia externa ſatis colligitur animus poſſidendi.

Illud quoque non ſatis bene ſe habere videtur quod ait animum probari vel juramento vel ſimplici aſſertione audientibus aliis facta: etenim cum juxta aſſertionem Dd. alternativa poni debeat inter duo æqualia vel non multum inter ſe diſtantia, ut notat *Everhard. in topic. in loco, à natura alternativa,* inter juramentum & ſimplicem aſſertionem forte apud alios factam, nimia eſt diſtantia.

LIT. B. & ſeqq.

Cultura agrorum & perceptio fructuum fortius probat poſſeſſionem, quoniam ſimul præſupponimus inſiſtentiam, citra quam nulla ex illis duci poſſet probatio: & pertinent hæc igitur ad modum primum, videlicet inſiſtentiæ conjunctæ cum cultura agrorum & fructuum perceptione: quæ & alia hic ſubjecta quibus probetur poſſeſſio, plenius tractant & explicant citati *Maſcard. vol. 3. concluſ.* 1178. *cum multis ſeqq. Menoch. remed. 3. retinendæ poſſeſſionis.*

Quod ad inveſtituram attinet de qua aliquid attingitur lit. F. ea & ab autoribus juris feudalis & ab interpretibus diſtinguitur in propriam ſive veram, & impropriam, quam appellant abuſivam: hanc vocant ubi aliquod ſignum corporeum, veluti haſta alicui porrigitur, ut inde intelligatur eum pro vaſallo receptum, & rem in feudum conſtitutam eſſe: illam autem dicunt, quando vaſallus in ipſius rei poſſeſſionem immittitur: de qua re pluribus agit *Vult. de feud. lib. 1. cap.* 7. ubi contra Dd. probat inveſtituram re vera tantum eſſe unicam, contractum ſcilicet ipſum ſuper re in feudum concedenda, cuius implementum ſit traditio poſſeſſionis: ſicut aliud eſt contractus venditionis, aliud, quæ eam ſequitur traditio. Ex iſtis autem infertur hoc quod *d. lit. F. ait. Tr.* per inveſtituram

quæ

quæ abuſiva dicitur, non effici vaſallum poſſeſſorem: cæterum in jure noſtro traditio ſigni aliquando operatur poſſeſſionem & traditionem rei ſignatæ, quod accidit in traditione clavium & inſtrumentorum *l. clavibus 74. de contrah. emt. l. 1. C. de donat.*

Lit. G.

Proponit hic duos modos, quibus probetur poſſeſſio, traditionem clavium & inſtrumentorum, ſed potuiſſet eâd. ratione omnes modos, quibus apprehenditur poſſeſſio, juxta tradita *ſupr. th. 2. lit. H.* huc referre, quos fere etiam tractat Maſcard. Et ſunt hi ſane optimi poſſeſſionem probandi modi, à cauſa efficiente: modò etiam ad ſit inſiſtentia in re vacua, quod aliâs poſſeſſio ſemel acquiſita iterum amitti poteſt: pertinent enim hæc fere ad interdictum retinendæ, ubi quis ſe poſſeſſorem aſſerit: interdicti autem recuperandæ alia ratio, & aliæ ibi ſunt probationes. Requirit autem Treutl. ut traditio clavium ſit facta in re præſenti. Ubi dubium movet, quod ubi res præſens eſt, non videtur neceſſaria clavium traditio, cum etiam oculis apprehendi poſſeſſio queat juxta notata *ſupra th. 2. lit. H.* adeoque ſi traditio clavium aliquid operatur, ſufficiet ea, etiamſi res præſens non ſit, aut ſi præſentia rei opus eſt, non videatur clavium traditio neceſſaria eſſe. Sed nimirum Treutl. ſententia intelligenda eſt de præſentia quidem rei, cuius & ad quam claves traduntur, non autem de præſentia rei, de cuius poſſeſſione acquirenda tractatur, & quæ oculis ſubiecta non eſt, veluti vini in cella vinaria *l. 1. §. ſi juſſerim. 21. hoc tit.* vel mercium in horreo repoſitarum, quæ traditæ intelliguntur, ſimul atque claves horrei traditæ ſunt *l. 9. §. item ſi 6. de acquir. rer. dom. §. item ſi quis 45. Inſt. eod.* qui textus ſunt explicandi *ex l. clavibus. 74. de contrah. emt.* ubi requiritur ut claves apud horrea tradantur, quod etiam ſimpliciter proponit *Zaſ. in l. 3. in pr. h. t.*

De inſtrumenti traditione actum eſt *d. th. 2. lit. H.* & eſt textus *in l. 1. Cod. de donat.* Sed Treutl. fallaciam diverſæ quæſtionis hic committit: quoniam *Cyn. in l. 2. inf. Cod. h. tit.* non tractat de ea traditione inſtrumentorum, de qua agitur *in dict. l. 1. Codic. de donat.* ubi inſtrumenta jam penes aliquem exiſtentia, & antea v.c. ſuper emtione mancipii confecta traduntur, quo modo poſſeſſionem & dominium transferri, probat *d. l. 1.* ſed quærit Cyn. an ex inſtru-

ſtrumento nunc primum ſuper hoc ipſo cõtractu, ex quo poſſeſsio acquiſita dicitur, confecto, poſſeſsio probetur: quæ longe diverſa quæſtio eſt, in qua diſtinguit Cyn. cit. loc. an inſtrumentum fecerit mentionem rei traditæ, quæ fuerit in conſpectu contrahentium, an rei quæ fuerit abſens, & non poſteriori ſed priori demum caſu poſſeſsionem probari rectè affirmat, quoniam ſcilicet rei præſentis etiam oculis apprehendi poſſeſsio poteſt *l.*18. §. 2. *h. t.* Illud etiam hic notandum, quod ſeparandi ſint modi acquirendæ poſſeſsionis & transferendæ, à modis probandi: quoniam hic agitur de præjudicio tertii contradicentis, non illic, ubi quis ſponte ſua poſſeſsionem in alium transfert, eamque alter etiam affectu & oculis apprehendit, quod ſane ad probandam poſſeſsionem in judicio contradictorio nunquam ſuffecerit: quoniam cauſæ illæ acquirendi, poſſeſsionem ſemel quæſitam adhuc durare neceſſario non concludunt, eoque inſiſtentiam & actus aliquos externos eam conſequentes probari oportet: de qua re, videlicet clavium & inſtrumenti traditione, plenius agit *Maſcard. vol.* 3. *concl.* 1183. *& ſeq.*

LIT. I.

Teſtibus.] Non ſatis rectè teſtes inter ſpeciales probandæ poſſeſsionis modos referri videntur, ita ut aliis modis, per famam, perceptionem fructuum, penſionum, collectarum ſolutionem, & alios actus poſſeſſorios opponantur: quoniam hæc ipſa fere non niſi per teſtes probantur, & teſtes non aliter, niſi quatenus ſuper huiuſmodi actibus deponunt, poſſeſſionem probare poſſunt, quod ex ipſis allegatis autoribus apparet.

Etiam ſingularibus.] Propoſitionis huius, quod poſſeſſio etiam per teſtes ſingulares probari poſſit duplex eſt ſententia, 1. quod poſſit probari per plures teſtes qui de ſingulis actibus poſſeſſoriis ſeorſim deponunt, & qui ratione eiuſmodi actuum ſingularium diverſorum ſingulares dicuntur, licet circa aſſertionem ſuper poſſeſſione concurrant, & ad eund. finem tendant: quæ ſententia procul dubio veriſſima eſt. 2. quod etiam per unicum teſtem probari poſſit poſſeſſio, tanquam res non magni præjudicii: quæ opinio controverſa eſt, & in utramque partem autores citat *Farin. de teſtib. quæſt.* 63. *cap.* 1. *num.* 31. *& ſeqq.* ubi diſtinguendo conciliat utramque opinionem, inter poſſeſſorium ſummarium ſive momenta-

mentaneum, & possessorium plenarium, quam distinctionem in Camera receptam testatur *Gail. lib.* 1. *observ.* 7. *num.* 2. eamque forte intelligit à Treutler. sed omisso conclusionis numero, citatus Mascardus.

THESIS VII.

Lit. A. B. C.

Tractatio hæc de amittenda possessione, connexa est cum tractatu de possessione retinenda, quippe quod cessante retentione sequatur possessionis amissio: ideoque huc repetenda sunt quæ th. 3. tradita fuerunt. Treutl. autem lit. A. tradit amitti eam nobis vel volentibus vel invitis, quod per subiecta exempla declaratur: & de posteriori membro prius agit, & sub illud, quod scilicet nobis invitis amittatur possessio, refert, si mutetur conditio rei, quæ videlicet fiat sacra vel religiosa. Quod sane perspicuè vitiosum est, quippe quod ut plurimum volentibus nobis res dedicatur in sacrum, & in locum purum infertur mortuus *l.* 30. §. 1. *hoc tit. l.* 40. *de religios. l.* 10. *Cod. eod.* Neque movere debet, quod res sacra vel religiosa semel facta, etiam invitis nobis talis manet: quoniam principium inspiciendum est: & cum qui rem in sacrum dedicat, vel mortuum in sepulchrum infert, utique sciat aut scire debeat, res sacras vel religiosas non posse possideri, eo ipso quoque possessionem à se abdicare voluisse intelligitur: alias nec rei semel ex contractu traditæ, à volente amissa diceretur possessio, quod postea eius recuperandæ facultatem non habet. Illud autem de specie mutata rectè se habet per notata *disputat. præced. th. ult.*

Alterum casum quo invitis nobis amittitur possessio, tradit Treutl. lit. C. si mutata sit conditio possessoris, veluti si quis servus aut filiusfam. efficiatur *l.* 30. §. 3. *h. t.* quamvis etenim qui se arrogandum dedit, libera voluntate id faciat, attamen voluntas illa non directo, sed per consequentiam tendit ad amittendam possessionem. Est autem hic sicut & præcedens modus, non proprius possessioni, quoniam utrobique etiam dominium amittitur sub distinctione tamen in eo qui se arrogandum dedit, bonorum, *juxta*

ta §. 2. *Instit. de acquisit. per arrogat.* Illud nihil necessum erat monere, quod morte possessoris finiatur possessio, cum præsertim hic non mutetur, sed plane in irritum redigatur persona possessoris: quamvis hac in re speciale aliquid & diversum à dominio, possessio habere videatur: quod illud fictione juris quasi continuatur in heredem, imò & ante in hereditatem jacentem, quæ defuncti vicem repræsentare, & domini loco esse dicitur: hæc autem plane expirat, neque in hereditate est, nisi quoad unicum effectum continuandæ & implendæ usucapionis *l. 1. §. Scævola 15. si is qui test. lib. l. 40. de usucap.*

LIT. E. & F.

Proponit hic Tr. alium generalem modum, quo invitis nobis amittatur possessio, quem appellat ipsam detentionem rerum: sed valde ambiguè utitur aut potius abutitur verbo *detentionis*: quoniam ut ex textibus citatis apparet, intelligit occupationem rei à nobis possessæ, quæ est vel propria, facta ab homine, vel impropria, quæ fit à causa naturali, veluti inundatione maris aut fluminis. Distinguendum autem hic, inter res mobiles & immobiles: harum possessionem amittimus, si flumen vel mare eas occupaverit, juxta *l. cum unus. 12. §. fin. de reb. autorit. judic. l. 3. §. Labeo. l. qui universas. 30. §. item quod hoc titul.* si iis dejiciamur *l. 5. de usucap.* si cum absentibus nobis quis eas ingressus esset, ubi id rescivimus, possessionis & rei apprehendendæ nobis non amplius superesse facultatem putamus, juxta *l. 1. §. 24. 28. & 29. de vi & vi arm. l. 3. §. 8. l. 6. §. 1. l. 7. & l. 25. §. ultim. hoc tit. Zas. ad dict. l. 3. §. Labeo*, de quo etiam actum supra th. 3. & ibid. de rebus mobilibus, quarum possessionem amittimus, non tantum si nobis eripiantur, sed etiam si tantum exciderint, ut inveniri non possint *l. 3. §. Nerva 13. hoc tit.* si in flumen demersæ sint *l. Pomponius. 13. in princip. hoc tit.* si pecus aberraverit *dict. l. 3. §. 13.* ubi tamen, ut supra dictum excipitur servus fugitivus *dict. l. 13. in f. princ. & l. 15. in f. hoc tit.* atque huc pertinent ea, quæ Treutl. lit. F. de rapina furto & fortuita subductione tractat, & simul apparet, male lit. E. occupationem ab hominibus factam, restringi ad res immobiles, siquidem res mobilis etiam per furtum & rapinam ab hominibus occupantur: quin & res mobiles demersæ in flumen, possunt dici à flu-

à flumine occupari, quam occupationem tamen itidem Tr. lit. E. ad res immobiles restringit.

Ubi & de amissionis ratione.] Remissivè tantum hoc tractat, quomodo possessio quam per alios tenemus, vel aliorum corpore, amittatur: non rectè, quia non minus ratio amittendi possessionem quæ corpore alieno tenetur, quam corpore alieno apprehendendi, & retinendi, de quibus actum supra *th.* 2. *in f. th.* 3. *&* 4. explicationem suam merebatur. Sed & hic quoque alia ratio est rerum mobilium & rerum immobilium: ex quibus illas, quæ penes alium sunt, facilius amittimus, etiam ignorantes, ubi quis saltem eas intervertendi animo contrectavit juxta *l.* 3. §. *si rem* 18. *l. si quis rem.* 20. *l. rem.* 47. *hoc tit.* quod ad immobiles attinet, jam supra thes. 3. diximus, possessionem earum, quam ministerio corporis alieni tenemus, facilius amitti, etiam ab ignorantibus, si modo alius possessionem fuerit ingressus, juxta *l. peregrè.* 44. *de acquir. possess.* itemque si qui nostro nomine possidebat, deserendæ possessionis causa excesserit *l. si colonus.* 31. *l. si de eo* 40. §. 1. *hoc titul.* vel alteri rem tradiderit *l.* 3. §. *si quis. &* §. *seq. hoc titul.* cui supra thes. 3. diximus, obstare quod traditur *in l. quamvis.* 32. §. 1. *hoc titul.* si conductor meus rem vendiderit alteri, & eam ab emtore conduxerit, & utrique locatori pensionem præstiterit, quod ego prior locator retineam possessionem. Et dicendum est, quod colonus in ea specie, non habuerit animum & propositum, ut interverteret possessionem priori locatori, quippe cui mercedem solvere perseveravit, ut proinde traditio ficta, dum colonus rem ab emtore quoq; conduxit, non potuerit obtinere suum effectum, sed possessionem veram civilem, quæ penes duos esse non potest, ego prior locator retinuerim. Ubi porro obstare videtur *l. Pomponius.* 29. *in pr. quib. mod. ususfr. amitt.* ubi proponitur fructuarius locasse domino fundum, quem proprietarius alteri vendiderit, non deducto usufructu: & respondetur amissum esse usumfructum, licet fructuario mercedem solvere pergat proprietarius. Sed responsio & ratio differentiæ sumi potest ex eo quod sequitur *in dict. l.* 29. quod emtor suo nomine fruitus est re, quæ tota in ipsum translata est: in specie autem *dict. l.* 32. §. 1. *hoc tit.* venditor retinuit fundum,

& ipse fructus percepit: sed & proprietarius ipse utptote possessor longe potentius operatur alienando, quam colonus, qui nullam possessionem habet: & possessio naturalis, quæ fructuario concedi potest, facilius amittitur, ubi primum deficit facultas rem corporaliter apprehendendi. Huic autem sententiæ, quod per desertionem & traditionem amittat possessionem dominus, omninò ostare videtur *l. ultim. Cod. hoc tit.* ubi Justin. non vult, ut per factum & malignitatem coloni, in possessione domino præjudicium inferatur. Ad hoc expediendum gloss. distinguit quatuor casus: coloni prodentis possessionem, ex ea exeuntis, alteri eam tradentis, & denique ab ea dejecti: & ad priores duos casus putat pertinere dictam constitutionem *Iustin. in l. ultim. Cod. hoc tit.* non ad posteriores, quibus etiam non obstante illa constitutione amittatur possessio. Prodere autem intelligitur, quando deserendæ possessionis animo discedit. Exire autem, quando simpliciter discedit. Sed nec hoc modo conciliantur textus, quoniam prodente colono amitti possessionem, probatur *ex l. si colonus 21. l. si de eo 40. §. 1. h. tit.* cui non obstat *l. qui fundum. 7. in princip. pro emtore* quia negata possessione vera, non protinus negatur usucapio, in casu scilicet singulari, quo usucapio jacente hereditate impletur, qui casus est dict. l. 7. cum nemo adhuc alius possessionem ingressus, & servi præterea non malitioso animo, sed quia dominus mortuus erat discessisse ibi videantur: & est fortassis illa in dicta specie dubitandi ratio, quod cum per servos dominus possedisset, cesset aut cessare debeat fictio illa juris, per quam ad effectum usucapionis continuandæ vel implendæ hereditas possidere creditur *l. 40. de usucap.* ratio autem decidendi, quod propter factum servorum jus illud in præjudicium heredis non debeat mutari, tùm etiam quod servi ministerium tantum præstant, quod mortuo domino quoad effectum possidiendi expirat. Quando simpliciter exit colonus, retinetur possessio argumen, *dict. l. 31. hoc titul.* sicut & cum mortuus est *l. 3. §. si quis 8. vers. quod si servus:* quod tamen limitatur duobus casibus. 1. nisi dominus facultatem apprehendendi possessionem neglexerit, & ita ipse animo quodammodo possidere desierit *dict. l. 40. §. 1. hoc titul.* 2. nisi alius possessionem ingressus fuerit, quo

casu

casu etiam ignorantibus nobis amitti possessionem docet *l. peregrè 44. §. ult. h. t.*

Cæterùm hac in re, ad explicationem *d. l. ult. C. h. tit.* vera est sententia, quam etiam de jure veriorem appellat *Cyn. in d. l. fin.* quod colono prodente jure veteri amittebatur possessio, sed exeunte tantùm retinebatur, donec alius eam fuisset ingressus: hoc autem hactenus correctum esse *per d. l. ult.* ubi Justin. quæstionem dubiam, ex liberis Sabinianorum ad se relatam decidere se profitetur, ut præjudicium amplius per coloni proditionem domino generari non possit, & hoc (quoniam de facto coloni loquitur Justin. idque domino nocere prohibet) etiam si colonus alteri tradiderit possessionem: & hinc porrò, etiamsi colono prodente alter possessionem fuerit ingressus: nam & hic ex sententia Justin. dominus retinebit possessionem civilem. Quod tamen ne correctoria constitutio per consequentias nimis extendatur, hactenus admittendum existimaverim, ut tamdiu retineatur possessio à domino, quamdiu occupatam eam ab alio ignorat, aut, juxta superius tradita, postquam rescivit, spem eam recuperandi autoritate propria non deposuit, sed facultatem apprehendendi aliquam sibi superesse probabiliter existimat: ut ita hic casus, quando dominus per colonum possidet, adæquatus sit ei, quo sine ministerio corporis alieni, ipse dominus absens animo solo retinet possessionem. Quando autem colonus dejicitur de fundo, hodieque sequemur jus vetus, & possessionem amissam dicemus, quia deficit constitutio Justin. quæ tantum contra factum & malignitatem coloni domino prospexit.

LIT. G.

Hoc fit animo.] Tractat hic de altero membro principali, quo nobis volentibus possessio amittitur. Voluntas autem hæc declaratur aut verbis aut factis, ut ait Treutl. quæ oppositio, si recta & accurata esse debet, ita explicanda erit, ut intelligantur verba nudè directa ad amittendam possessionem, veluti si quis se nolle possidere dicat: nam aliâs cum factis, prout ea hic accipit Tr. etiam verba, quæ mediatè inferunt amissionem possessionis, concurrunt: veluti si quis rem in sacrum dedicaverit, aut ex qua-

cunque causa alteri tradiderit: licet alicubi factum, ut ita loquar, sit purius, veluti si quis corpus hominis mortui sepulturæ causa intulerit in locum purum. Notandum hic etiam, quod non videatur satis exacta & immediata verborum & factorum oppositio: quoniam dari potest casus, quo citra factum & verba possessio amittitur, veluti si quis in fundo sit, & eum possidere nolit *l.* 3. §. *in amittenda* C. *h. t.* quod si enim animus solus sufficit, juxta *d.* §. 6. videlicet ista destinatio & propositum, consequenter verbis opus non erit: nisi quis dixerit T. loqui de ea ratione amittendæ possessionis, de qua aliis etiam constat, animum autem nudum nemo divinare potest.

An aio solo amittatur possessio.

In hac autem quæstione an animo solo simplicibus verbis declarato amittatur possessio, pugnare secum videtur Paul. *in d. l.* 3. §. 7. *h. t.* ubi sufficit solus animus, & *in l.* 8. *eod.* ubi idem Paul. negat, ullam amitti possessionem, nisi in qua animus & corpus in contrarium actum est. Et sunt qui generalem propositionem *d. l.* 8. temperandam putant adiecta particula *ferè*, ex *l. ferè.* 153. *de reg. jur.* quæ est eiusdem Paul. & ex eod. libr. cuius sententiæ est Gothofredus *in d. l.* 8. *h. t.* Communiter Dd. distinguunt, interesse an amittendæ possessionis initium fiat ab animo, an à corpore: illic sufficere animum, hic concurrere oportere corpus & animum. Quibus subtiliores esse volunt Cont. *lib.* 1. *disputat. jur. civil. cap.* 11. *Obrecht. de possess. c.* 19. *th.* 676. *& seqq. &* Tr. *hic.* qui sive à corpore, sive ab animo initium fiat, utrumque, & animum & corpus ad amittendam possessionem concurrere statuunt, quod scilicet corpus sit famulus quidam & minister animi, adeoque hoc deposito possessionem corpore retineri dici non possit. Sed nimirum hoc ipsum veteres, & per corpus, actum corporalem & discessionem à re ipsa intellexerunt, cuiusmodi nihil intervenit, ubi qui in fundo est, adeoque animo solo, dicitur amittere possessionem: est adeò hic fallacia in phrasi, *solo animo amittere, & corpore amittere:* quoniam corpus dupliciter consideratur, 2. prout continet insistentiam talem in re, quæ constituit possessionem, & hoc sensu, ut possessio amittatur, etiam corpus abesse oportet. 1. prout indè est in fundo, citra affectum, quomodo etiam hospes amicus in fundo est, & hoc sensu corpus nihil ad retinendam possessionem facit.

Pugna l. 3. §. 6. h. t. et l. 8. eod. solvitur.

Et huc & inter modos quibus nudo animo amittitur possessio,

ſio, referendus eſt etiam ille, ſi quis alieno nomine ſeſe poſſidere conſtituat *l. qui meo* 18. *in pr. h. t.* quamvis nudus animus ille videatur ſine effectu, niſi verbis declaretur.

Lit. H.

Alienatione quacunque.] Exemplum in exegeſi proponit, *donationem*: minus rectè, ſiquidem verum eſt, quod donatio eſt contractus, ut Tr. tradidit ſupra *diſput.* 19. *th.* 1. ſecundum quam ſententiam non donatione, ſed traditione ex cauſa donationis facta, poſſeſſionem amitti dicendum eſt: niſi Tr. metonymicè uſus eſt cauſa pro effectu: nam & ita videtur loqui in th. *quacunque alienatione*, ut intelligat ſcilicet varias cauſas, ex quibus poſtea fit traditio, quæ una eſt, licet juxta ſupra notata th. 2. in f. varii ſint traditionis modi. Ut autem traditio transferat poſſeſſionem, oportet eam eſſe puram, non conditionalem, per textus *in l. ſi me in vacuam.* 34. *in f. pr. l. qui abſentis.* 38. §. *hoc tit.* ſi quidem hic eſt effectus ordinarius conditionis, ut actum ſuſpendat, & dominium quoque transferri interim impediat *l. proinde* 8. *in princip. de reb. credit.* Ubi tamen objicitur *l. ſub conditione.* 16. *de ſolut.* ubi pecunia ſub conditione data, ut ſi ea extitiſſet, in ſolutum cederet, reſpondet Pomponius, exiſtente conditione liberari debitorem, nec obſtare quod ante pecunia eius ſcilicet creditoris facta eſſet. Et Cuiac. quidem in operibus poſthumis *ad d. l. qui abſenti.* 38. *h. tit.* putat emendato textu & adiecta negatione *in d. l.* 16. *de ſolut.* legendum eſſe, *nec obſtare quod ante pecunia eius facta non eſt*: quod etiam, vel utique non verè ſed fictè pecuniam accipientis factam eſſe, *in d.* 16. *Accurſ.* exiſtimat, ubi etiam alias ſolutiones & explicationes affert, quas hic non libet pluribus examinare. Non ineptè fortaſſis quis verba JCti in *d. l.* 16. *in f. quod ante pecunia eius facta eſt*, acceperit, non de dominio, quod ante exiſtentem conditionem acquiſitum dici non poteſt, ſed de naturali poſſeſſione: in hanc ſententiam, quamvis creditor naturaliter apprehenderit poſſeſſionem pecuniæ debitæ, eamque debitor in creditorem tranſtulerit, nihilominus tamen ante quam conditio extiterit nec illum fieri, domiuum neque hunc liberari: pro quo etiam facit *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred.*

An conditionalis possessio transferat possessionem.

Deniq;

Denique hic notandum, quod possessio amittatur vel simpliciter vel secundum quid: vel potius, quod possessio vel in solidum vel non in solidum amittatur, sed ubi mixta fuit species, altera retineatur: veluti civilis possessio retinetur, si res sub conditione tradita fuerit, juxta jam dicta, vel si servus fugerit, quem ipsum non tantum civiliter possidemus, sed etiam rerum per eum apprehensarum civilem possessionem acquirimus *l. 1. §. per servum qui, 14. l. 13. in princip. & l. 15. hoc tit. l. 25. in fin. de liberal. caus.* Itemque ex sententia Dd. rei, ex qua discessimus, civilem possessionem retinemus. Ex adverso verbo possessionis latè sumto, amissa possessione civili retinetur naturalis, veluti si quis alterius nomine sese possidere constituat, qui aliâs verbo possessionis propriè sumto possidere negatur.

AD

AD DISPVT. XXII.

De VSVCAPIONIBVS ET PRÆSCRIPTIONIBUS.

Respondente

FRIDERICO BURCARDO HEIDELBERGENSI.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

IN verbo usucapionis, usum interpretatur de possessione. Haud scio an satis rectè: Licet enim aliquando legamus, per longam possessionem capere, *l. 3. §. 3. & ult. de adq. poss. l. ult. pro empt.* tamen ea loca videntur propriè ad præscriptionem, quæ tantum exceptio temporis ferè esse videtur, pertinere, neque ex illis sequitur, possessionem significare usum, sed quod sine possessione nulla procedat usucapio *l. 25. h. t.* sola autem & simplex possessio non sufficit, sed cum titulo & bona fide, quibus concurrentibus quis jure dominii re utatur, fruatur, & ita porrò rem faciat suam: *& in l. quæstio 115. de V. S.* impropriè possessio dicitur, usus, ut notatum *disp. præced. th. 1.* & ex ipsa possessionis definitione ibid. tradita apparet. Derivatio usucapionis.

Xx

An recte desinatur adeptio.

LIT. B.

Usucapionis genus, constituit, Adiectionem *ex l.3. h. t.* quem locum Cuiac. ad *Vlpian. de domin. tit.* 20. & *in d. l.3.* vult emendari, & legi, *adeptio*: quo nomine non obscure eum perstringunt *Donell. 5. comment. 5. Forner. 2. select.* 17. cæteroquin ij, sicut & *Cont. 1. disput. jur. civ.* non negant, quin etiam rectè dicatur adeptio: & est sanè hoc genus convenientius: quoniam usucapio non factum aut potestatem legis adjicientis, sed hominis, & possessoris adquirentis significat: & per usucapionem fit actio, ipsa autem adiectio non est. Et vix ferri potest, quod dict. loco Forner. scribit, idem esse adiectionem, quod adquisitionem: & alii rectius ideo à JCto *in dict. l.3.* usucapionem adiectionem dictam existimant: quod ex aliis causis statim adquiratur dominium, sed per usucapionem post certum tempus possessioni adjiciatur: Quæ etiam sententia est *Ravardi ad LL. XII. tabb. cap.* 17. vel etiam quod per eam, ex ratione juris veteris dominio bonitario sive prætorio, dominium Quiritarium & civile adjiciatur: cuius rei duo insignia exstant exempla, 1. ex tit. 2. *Vlpian. de libert. §. qui tantum.* 11. quoniam ex ratione juris veteris, ut tractatum supra *part. 1. disputat.* 28. *th.* 1. qui sine nexu & mancipatione simplici traditione rem acceperat, tantum efficiebatur dominus bonitarius, quiritario dominio penes eum qui tradiderat manente, quod demum illi per usucapionem adjiciebatur. 2. ex causa fideicommissi, pro quo fideicommissaria tantum persecutio competebat *l. pecuniæ.* 178. *de V. S.* non transibat dominium quiritarium *l.3. inf. si usufr. pet.* sed bonitarium vel prætorium potius: sicut & ex secundo decreto quo prætor possidere jusserat, dominium prætorium transiisse probatur ex *l. si finita.* 15. *§. posteaquam.* 33. *de damn. infect.* sed per usucapionem accedebat dominium quiritarium, quæ sententia est *d. l.* 15. *§. Iulianus* 16. *eod.* & inde explicanda *l.5. in pr. eod.* ubi dicitur quod jussus possidere rem per longi temporis spatium in suum dominium capiat, de quo actum supra *disp.* 18. *th.* 6. *lit.* C. Et hoc fortassis etiam probat, citatus à Tr. *Vult. lib.* 1. *Iurispr. Rom. c.* 71. *in pr.* ubi tamen in eo offendere videtur, quod in genere ait, per usucapionem dominio juris gen. civile dominium adjici: siquidem huic adiectioni in aliis jure gen. acquirendi modis, veluti per occupationem, alluvionem, accessionem, specificationem, inventionem, non videtur esse locus, in

qui-

quibus frustra desideres traditionem, quam non nisi præcedente nexu & mancipatione modum transferendi dominii quiritarii veteres esse voluerunt. His autem dominiorum differentiis sublatis per Justinianum, tanto minus genus illud *l.3.h.t.adiectio*, tolerari posse videtur, & male proinde pro eod. à Tr. haberi, lit. B. & C. sive adiectio sive adeptio loco generis ponatur.

Lit. C.

Acquisitio juris civilis.] Duplex in hanc rem, quod usucapio juris civilis sit, argumentum suppeditat Tr. tum ex serie methodi in institutionibus & connexione tituli *de usuc. cum §. ult. tit. præc.* tum ex verbis *d.§.ult.Inst.de us. & habit. & in pr. Inst. h.t.* ibi, *jure civili constitutum erat.* Rectè autem usucapionem ad L. 12. tabb. refert Tr. hic, quod & disertè tradit Theophil. & verba ipsa l. 12. tabb. referuntur *à Cicer. in topic. & in Orat. pro Cæcinna*, & ab aliis, qui ll. 12. tabb. commentationibus suis illustrarunt, veluti Balduin. Hott. Marcil. & novissimè Jacob Gothofr. sub tab. *6. usus autoritas fundi biennium, cæterarum rerum usus annuus esto:* ubi scilicet autoritas significat effectum illum usus, quem potestate L. 12. tabb. accepit, quo scilicet rem alterius bona fide certo tempore utendo, nostram facimus. Ita quidem explicant verbum, *autoritis:* sed obstat, aliâ Lex XII. tabb. Eius quod subreptum erit, æterna autoritas esto, *Gell.17.c.7.* & alia: adversus hostem æterna autoritas esto: quibus LL. cum negetur usucapio, nihil aliud potest significare autoritas, quàm facultatem & potestatem vindicandi, quæ competat domino: nisi forte hîc verbum *usus* adiectum, verbi, autoritatis, mutat significatione: adde *infr. th. 3. lit. A.* & v. benè *Donell. 5. comm. 20. vers. in persona eius.* Illud autem non constat, an decemviri hanc legem à populis Italiæ fuerint mutuati, an à Græcis, apud quos de hac quoque re lege sancitum quid fuisse probabile est, cum & Plato, licet quinquaginta circiter annis decemviris posterior, in sua republ. posteriori lib. 12. d. legib. de usucapionibus leges ferat. Ab hac autem sententia, quod L. 12. tabb. introducta sit usucapio, non dissentit male à Treut. cit. *Hottom. ad pr. Inst. h. t.* sed distinctionem locorum ex lege illa esse negat, & rectè: vel quia in L. XII. tabb. quæ vulgo circumfertur nulla distinctionis eius mentio, vel potius, quoniam tempore eius legis, extra Italiam ullum pedem terræ, Romani non possederunt.

LIT. D. & seqq.

Singulæ partes definitionis, thesibus seqq. plenius explicantur: cæterum definitioni adjiciendum videtur, *possessionis legitimæ:* quoniam possessionem quæ producat effectum usucapionis, oportet esse qualificatam, coniunctam cum titulo & bona fide. Neque satis esse videtur, quod initio definitionis fit mentio dominii, quod citra possessionem qualificatam acquiri non potest: etenim hoc generi adjicitur, & sequentia demum verba ad explicationem differentiarum pertinent. Porrò quod lit. F. possessionem interdum pro usucapione in jure nostro usurpari tradit, de eo actum est disp. præc. th. 1. in pr. & ibid. ostensum, non rectè hoc probari ex *l. cum miles, ex quib. caus. maior.*

LIT. H.

Præscriptio homonymia.

Præscriptio.] Verbum hoc procul dubio est ambiguum: & translationis speciem significare rhetoribus, notat ex Cicer. *Wesemb. in parat. de except. num.* 4. Vulgo denotat quasi mandati quandam speciem, dum alicui præscribitur, quid agere debeat: itemque titulum & instructionem: in jure autem nostro usurpari solet pro defensione, & exceptione, eoq; sensu jungitur cum dativo, ut notat *Budæus in annotationibus posterioribus ad Pandectas in l. 2. §. 1. in f. ad L. Iuliam. de adulter.* idq; forte tractum est à Græcis, quibus exceptio est παραγραφὴ: eoque non tantum exceptionem temporis, sed quamcunq; aliam exceptionem denotat, *d. l. 2. §. 1. ad L. Iuliam de adult. l. qui agnitis & t. t. de except. seu præscript. l. 3. in prin. de prævaricat.* textus citati *infr. lit. I.* adde *inf. disp. 26. thes. 1. lit. A.* ubi plura de præscriptione, unde ita appellata exceptio, ideoque Tr. intelligendus hic est uti hoc verbo secundum subiectam materiam, dum præscriptionem definit exceptionem temporis. Et amplius, ne vitiosa & angustior definitio fiat Tr. definitio, istud notandum est, quod præscriptio consideratur dupliciter: vel quatenus removet agentem jure longæ possessionis, & nihil est quàm exceptio: vel plenius, pro acquisitione juris in re, & longè plus est quam exceptio, arg. *l. ult. in pr. C. de long. temp. præscr.* quippe quod non tantum exceptionem habet, qui longo tempore possedit, sed propter jus quæsitum dominio proximum, ut ipse Tr. ait hac lit. sub 3. differ.

etiam

etiam utilem actionem contra quemcunque possessorem: quia alias jus illud nimis esset fragile si possessione amissa, quod facile contingit, omnis illius juris effectus exspiraret: & ita pro servitute longa quasi possessione quæsita instar immobilium provincialium, *l.2.C.de servit.& aq.* etiam utilis actio datur, *l.si quis 10. si serv.vind.tex. in l.si duo 13.§.1.de jurejur.l.8.in f.pr.C.de præscript.30.ann.* quod post longi temporis præscriptionem utilis actio detur: atque ita præscriptio ipsam quoque acquisitionem, laxius usurpato verbo significet. Nec rectè igitur Tr. qui præscriptionem temporis inde putat appellatam, quod tempus à lege præscriptum erat: etenim & usucapioni tempus à lege præscriptum est, & verius est, generalem acceptionem verbi, præscriptionis, pro exceptione, etiam huic temporis exceptioni, accommodatam, & inde receptum fuisse, ut ipsa quoque acquisitio præscriptio appellaretur, quamvis ut Covarr. notat *in cap. possessor. part.1.in pr.n. ult.* vix in textibus juris nostri res præscripta dicatur.

Ea olim ab usucapione.] Accuratius hic videndum est de differentiis usucapionis & præscriptionis, quas hic proponit Tr. & initio hic notandum, quod Tr. quasi oblitus suæ definitionis, in tradendis istis differentiis præscriptionem pro ipsa acquisitione accipere videtur. Prima autem differentia est à rebus possessis, quod usucapio erat rerum corporalium, mobilium & immobilium, non tamen omnium, sed Italicarum tantum: quod posterius referendum est non ad mobiles, sed immobiles tantum, quoniam mobiles res ubiq; usucapionis erant obiectum, *in pr.Inst. h.t.l.un.vers.cum autem.C.de usucap.transform.* Addit Treut. quod usucapio erat rerum mancipi & nec mancipi ex tit. *Vlp.19.de acquir.dom.§.7.* quod posterius generale esse non potest, quoniam aliâs etiam prædia provincialia usucapi potuissent, quæ sunt res nec mancipi, quia cum utpote stipendiaria & tributaria essent quodammodo in dominio populi Romani, nec mancipio dari, nec usucapi poterant, siquidem usucapio dominium quiritarium & plenum tribuebat. Et ergo accipiendus erit Tr. de rebus mobilibus nec mancipi, quæ etiam extra Italiam poterant usucapi, & pleræque tales erant, exceptis iis, quæ natura sua semper erant & manebant in dominio, & res mancipi dicebantur, quarum species recenset *Vlp.d.tit.19.in pr.* & pluribus de iis agit *Revard.ad ll.12.tabb.c.16.de mancipat.*

Quomodo usucapio à præscriptione differat.

Pergit Tr. præscriptio erat immobilium tantum: (videlicet, quod adjiciendum erat, & tamen ex oppositione præcedenti colligi potest,) provincialium: quamvis & hic cautione opus, quoniam ut docet *Revard. d. cap.* 16. non omnia prædia provincialia erant stipendiaria & tributaria, sed quædam à populo civib. Romanis concessa, res mancipi erant, quorum etiam usucapionem fuisse probabiliter defendi potest, (*adde not. th. seq. lit.* F. an etiam rerum mobilium fuerit præscriptio.) Et notandum hic, res nec mãcipi in duplici fuisse differentia, & quædam ita dictæ fuerunt, propter jus populi Romani, quod efficiebat ne pleno jure Quiritium possent acquiri, ideoque in iis simpliciter cessabat usucapio: quædam propter aliam qualitatem, veluti feræ bestiæ, & aliæ quarum mentio apud Ulp. tit. 19. quarum si à non domino traditæ, & bona fide acceptæ essent, usucapio erat: imò etiamsi à domino traditæ fuissent, citra nexum & mancipationem: quo casu ut paulo superius dictum, dominio bonitario, Quiritarium per usucapionem adjiciebatur.

Addit Tr. *incorporalium:* non quod res nec mancipi essent, cuius contrarium tradit *Vlp. d. tit.* 19. *in pr.* sed propriis de causis, veluti servitutes urbanæ non potuerunt usucapi propter leg. Scribon *l.* 4. §. *ult. h. t.* rusticæ, quod earum continua non esset possessio, *l.* 14. *de servit.* quæ rationes fecerunt ne usucapioni locus esset, sed non impedierunt, quo minus longa quasi possessione acquirerentur *l. si quis* 10. *si servit. vind.* de quo actum *suprà part.* 1. *disp.* 17.

Sequitur apud Tr. *& corporalium in solo provinciali.* Hoc idem esse videtur cum eo quod præmisit, fuisse immobilium tantum: quoniam rerum mobilium ubiq; usucapio erat. Sed & vitiosa videtur explicatio, *corporalium in solo provinciali*, hoc est, *rerum nec mancipi:* vel quia ipse ex Ulp. statuit etiam rerum nec mancipi esse usucapionem, vel quia ante ostensum, etiam quædam prædia provincialia res mancipi fuisse, & adeo multo magis res mobiles: nisi quis verba hæc restringi putet, per sequentia, *prædiorum tributariorum vel stipendiariorum:* quæ tamen sunt illa ipsa immobilia & sola, quæ quatuor antea lineis, præscriptionis obiectum statuit: & simplicius dixisset, quod præscriptio fuerit rerum immobilium provincialium, videlicet prædiorum tributariorum, & ad horum exemplum incorporalium *arg. l.* 2. *C. de servit. & aqua.*

Atq;

Atq; ita rectè reprehenduntur.] Communissimam hanc Dd. sententiam esse restatur *Covarr. in c. possessor. p. 1. §. un. n. 3.* quod usucapio sit rerum mobilium, præscriptio immobilium: cui fortassis opinioni causam dedit, quod Dd. viderunt usucapionem olim in rebus mobilibus ubiq; obtinuisse, præscriptionem tantum in immobilibus provincialibus, cuius implendæ tempus postea Just. ad res immobiles etiã Italici soli produxit, ut proinde præscriptio ad res immobiles pertinere videatur. Sed rectius dicitur, quod Just. & in rebus mobilib. & immobilib. usucapiendi tempora produxerit, & usucapionem etiam ad prædia provincialia porrexerit, ita ut hæc, quin & jura incorporalia, eod. effectu quo olim res mobiles & immobiles Italici soli, tempore acquirantur *per l. un. C. de usuc. transfor. l. ult. C. de præscr. long. temp.* & ita quæ olim præscriptio, hodie usucapio est: sicut ex adverso quædam olim propria præscriptioni, Just. ad usucapionem transtulit, ut ex seqq. apparebit.

Altera differentia à tempore satis perspicua, & hoc saltem notandum, non rectè dici à Tr. immobilia Italica sive mancipi: vel quia etiam mobilia multa mancipi sunt, vel quia, ut paulo ante dictum, etiam quædam prædia in provinciis mancipi erant. De coniunctione temporum, autem, tractatur infra *th. 5. lit. B.*

Tertia differentia est ab effectu, quod usucapio tribuat verum dominium de quo infra th. 7. sed præscriptio tantum jus quoddam dominio proximum & utilem actionẽ: ut vel hinc appareat, quod præscriptio non rectè definiatur per exceptionem temporis: sicut nec recte jus dominio proximum explicatur à Tr. de possessione plena: quoniam eiusmodi distinctio possessionis in nudam & plenam, nullibi extat, cum nec quicquam dominium cum possessione commune habere dicatur: & videtur hoc descendere ex opinione erronea, de qua supra disp. 15. th. 1. qua statuit quoddam dominium possessionis: cæterum quod de actione utili dicitur, probatur ex textibus paulo ante adductis, non ex iis quos citat. Tr. *in l. pen. & ult. C. d. except. & in l. 2. C. in quib. caus. cessat long. temp. præscript.*

Item effectum interrumpendi.] Hæc nova differentia est, quod præscriptio interrumpatur litis contestatione *l. 10. C. d. acquir. poss. l. 2. & 10. C. d. long. temp. præscript.* quod in usucapione secus olim fuisse docent, non citati textus *in l. 20. §. 11. & l. 25. §. 7. d. petit. hered.* sed *in l. 9. §. 6. ad exhibendum l. 2. §. ultim. pro emt. l. 18. cum l. seq. de rei vindication.*

Etenim

Je ... Praescriptionis.

Etenim uſucapio l. 12. tabb. introducta eſt, ſed præſcriptio magis æquitate niti videtur, ita ut propter jus tempore quæſitum & longam poſſeſſionem, per exceptionem defendatur poſſeſſor, quæ cum in futurum vires ſuas non extendat, ſed tempore litis conteſtatæ opponatur, & quod poſt eam accidit, in judicio non attendatur, non poteſt tempus poſt litem conteſt. decurrens prodeſſe poſſeſſori: idq; eſſe videtur, quod dicitur *in d. l.* 10. *C. de long. temp. præſcr.* quod præſcriptio poſt litem conteſt. in præteritum æſtimetur. Et fuit tamen hæc diſtinctio in ſubtilitate magis quadam, quam in effectu poſita: quoniam inſtituta rei vindicatione poſſeſſor victus cavere tenebatur, ſi forte poſt uſucapionem impletam rei petitæ aliquod onus impoſuiſſet *d. l.* 18. *& l.* 20. *inf. de rei vind.* Sed & porrò per litis conteſtationem præſcriptionem interruptam fuiſſe intelligendum eſt, quoad perſonam petitoris, & in caſu poſſeſſoris ſuccumbentis: cæteroquin hoc abſoluto omninò ſecus fuiſſe dicendum eſt: quoniam abſurdum fuerit, forte per calumnioſam aut aliâs non juſtam petitionem, jus aliquot annorum lapſu quæſitum, ad libidinem alterius tolli & auferri poſſe. Neq; obſtant textus indefinitè loquentes *in d. l.* 10. *de acquir. poſſeſſ. l.* 2. *&* 10. *Cod. de long. temp. præſcript.* etenim hæc eò pertinent ut hactenus intelligamus interruptam præſcriptionem, ne tempora, quæ poſt litem conteſtatam effluxerunt, petitore in judicio obtinẽte, ad eum removendum, prodeſſe queant poſſeſſori: ad quod textus elegans eſt *in l. pen. C. de rei vind.* ubi dicitur quod mora litis non inſtruant cauſam poſſeſſoris, ad inducendam præſcriptionem, quæ poſt litem conteſtatam in prẹteritum ẹſtimetur. Non obſtat etiam, quod ita effectu & re ipſa, nulla futura ſit differentia ex jure antiquo inter præſcriptionem & uſucapionem: ſiquidem etiam hac poſt litem conteſtatam impleta, res reſtituenda & inſuper cautio præſtanda erat *l.* 17. 18. *&* 20. *de rei vind.* Etenim reſpondetur, nihil abſurdi eſſe, ſi in iſto caſu in rei veritate nullus ſit effectus: idq; & ratio ipſa ſuadet, ne poſt litem conteſtatam deterior fiat conditio petitoris, nec quiſquam trahendo moram in judicio, iniquam actori conditionem inferre poſſit: & eſt tamen nec levis hic effectus, ut res efficaciter & jure pignori dari, & ſervus etiam petitus manumitti poſſit *d. l.* 18. *de rei vind.* & hæc etiam eſt ſententia *Donell.* 5. *comm.* 21. de qua, & de interruptione tum naturali tum civili tractatur infra *th.* 7. *lit. F. & ſeqq.*

THE-

THESIS II.

Lit. A.

Duæ sunt partes huius th. de personis & rebus. Et usucapere scilicet possunt, qui sunt capaces acquirendi dominii: ex quo rectius hoc æstimari videtur, quam ex possessione, quod præsertim hac posita non protinus ponatur usucapio, licet aliàs verum sit, quod sine possessione usucapio non procedat: ex quo Tr. alieno loco (quoniam ad personas non pertinet) elicit, tantum præscriptum, quantum possessum: & hinc porrò alienam quæstionem annectit, de præscripto iure pascendi: neq; dubitari potest, quin vera sit Treutl. sententia, si sub certo numero ovium præscriptio sit limitata, cæteroquin secus erit.

Lit. B. & seqq.

De patref. res certa est: nec minus de filiofa. in peculio castrensi vel quasi, itemq; in advētitio, etiā eo, cuius ususfr. est penes patrem, siquidem ad filium dominium pertinet *l. 6. C. de bon. quæ liber.* & eo forte respexit Tr. dum ait maximè castrensia à filiofa. usucapi posse: nisi forte exprimere voluit, quod JCtus dixit *in l. 4. §. 1. h. t. filiusfam. & maximè miles in castris acquisitum usucapiet*: quibus verbis non intelligi debet hoc voluisse JCtus, quasi etiam non miles, aliquid iure castrensis peculii in castris acquirere possit, quod fuerit contra *l. 11. de castr. pec.* sed vel opponit castrense peculium quasi castrensi, quod ad similitudinem illius introductum fuit, vel potius opponit directo ex militia acquisitum ei quod non directo quæritur, cuiusmodi est hereditas, quæ obuenit ex testamento & institutione commilitonis *l. 16. & 19. de castren. pecul.* Quæ de infante pupillo & furioso proponit lit. D. & E. explicanda sunt ex traditis disp. præced. *th. 3. lit. A. th. lit.* C. quod hic proponit de domino per seruum ex causa peculiari vsurcapiente.

Lit. F.

Sequitur altera pars huius th. de rebus: & post transformationem & innouationem Iustin. qui præscriprionis longæ, & vsucapionis iura confudit, recte indistincte dicitur, quod res mobi-

les & immobiles usucapiantur: cæteroquin, ut dictum th. præced. jure veteri distinguebatur inter res mobiles & immobiles, & hæ fere tantum in Italico solo, illæ ubique usucapionis erant obiectū. Cui tamen, ut hoc addamus non leviter obstare videntur *l. 3. & l. rescriptis 9. de divers. præscript. l. 1. C. de serv. fugit.* ex quibus probatur, quod etiam in rebus mobilibus exceptio longi temporis & præscriptio diutinæ possessionis habeat locum: juncta *l. quemadmodum. 7. inf. Cod. de agric. & censit.* ubi præscriptio negatur possessori mancipiorum, propter malam fidem. Atquin si res mobiles annali spacio per usucapionem acquiri potuerunt, ut testatur *Iustin. in princ. Inst. h. t. & in l. un. C. de usucap. transform.* ineptus ille fuerit, qui longi temporis præscriptione se voluerit defendere juxta *l. 2. Cod. in quib. caus. cess. long. temp. præscript.* ubi Impp. rescribunt, superfluè in negotio proprietatis servorum ad quæstionem longi temporis præscriptionis perveniri, cum usucapio locum habeat. Gloss. *in d. l. 3. de divers. præscript.* non parum se torquet, & videtur ea loca vel ad mancipia cum prædiis, vel ad mancipia glebæ adscripta restringere velle. Nihil habeo aliud quod dicam, nisi quod per textus citatos non excludatur usucapio, sed tantum concursus probetur usucapionis & longi temporis præscriptionis, quæ fortassis aliquando utilis & necessaria fuit, ubi aliquid ex solennitatibus, requisitis aut proprietatibus usucapionis defecit, & præter alia, ut infra dicemus, adiectio temporis, quæ in usucapione cessabat, in præscriptione locum habebat: idque confirmat præter *d. l. 2. C. in quib. caus. cessat &c.* ipsa, *l. 1. Cod. de serv. fugit.* ubi possessori fugitivi servi & usucapio & præscriptio longi temporis negatur.

LIT. G.

Imò & incorporales.] Hoc quoque est ex transmutatione & transfusione Justinianea, ut etiam res incorporales, veluti servitutes usucapi dicantur *l. ultim. inf. Cod. de præscript. long. temp.* Non rectè autem Treutl. hic ait, quod nomina debitorum sive debita usucapiantur: etenim res ipsa arguit, & sequentia apud Treutl. ostendunt, quod intelligat præscriptionem 30. annorum quæ ex constitutione Theodosii obstat creditori agenti: confusio autem Justinianea tantum pertinet ad præscriptionem longi temporis 10. & 20. an

20. annor. qua possessor dominum rem suam vindicantem removebat, perinde ac per usucapionem, quod scilicet in præscriptione etiam hac bona fides & titulus requirebatur, & possessor ita utendo rem suam faciebat: præscriptio autem 30. annor. nullo modo usucapio aut acquisitio alicuius rei dici potest, sed est illa mera & pura exceptio, qua creditori actionem competere amplius debitor negat: nec magis hæc exceptio aut præscriptio, ad usucapiones referri potest, quam v. c. exceptio anni aut biennii, quæ opponitur actioni iniuriarum aut doli.

Illa alia quæstio est, an præscriptione tali, ipso jure obligatio tollatur, de qua agitur infra disputat. 29. thes. ultim. & ex ea tamen dependet sequens licet hinc aliena tractatio, eaque non simplex, 1. quod debitor post talem præscriptionem sit similis ei qui satisfecit, 2. quod post eam etiam fideiussores sint liberati, licet renuntiaverit omnibus beneficiis: quoniam intelliguntur renuntiasse beneficiis fideiussoriis: hoc autem juris communis est, ut liberato reo etiam liberentur fideiussores: & ut maximè ipso jure reum liberatum negemus, exceptiones tamen in rem fideiussori prosunt *leg. 7. §. 1. de except.* non obstante quacunque renuntiatione generali, quæ intelligitur, durante obligatione principali, 3. quod si statuto contra instrumenta paratæ executionis, nulla admittatur exceptio, nisi solutionis, tamen admittatur exceptio præscriptionis: quod scilicet sublata obligatione instrumentum effectum suum operari non potest: ideoque non dubitem in aliis eius generis modis tollendæ obligationis, idem obtinere Totum tamen hoc limitat Treutler. nisi in debitore adsit mala fides positiva: ubi si intelligit simplicem scientiam debitoris, prius illud ferè destruere videtur: neque dubitem hoc sensu falsam esse hanc limitationem, quoniam præscriptione 30. annor. quæ præsertim causatur ex sola negligentia creditoris, non opus est bona fide; & exemplum malæ fidei rectius petatur ex casu sequenti, si qui debuit maiores usuras, per certum tempus solverit minores sciens se maiores debere: quæ videtur esse sententia constitutionis Augusti *part. 2. c. 3.* ubi non admittitur præscriptio, si debitor solvens fuit in mala fide. Ea autem constitutio quæ ad hoc 30. annos requirit, quomodo etiam explicatur à Treutl. procul dubio non convenit

Debitor quomodo præscribat.

juri nostro, secundum quod debitor non præscriptione simplici, sed exceptione taciti pacti defenditur, quod creditor in minores, quas aliquanto tempore accepit, fingitur consensisse, idq; ipse Tr. statuit supra *disp.3.th.4 lit.C.* & probatur textu expresso *l.5.C.de usur.* neq; aliud in reditibus annuis statui debere ostensum est *dict. th. 4.* Ideo autem requiritur uniformis præstatio, quod si modo maiores iuxta conventionem modo minores usuræ fuerint solutæ, præscriptio aut conventio constans inde constitui & deduci non potest.

Servitutes quando praescribantur.

Nam & de jure communi.] Hoc male connectitur cum proxime præcedentibus: sed forte Tr. hoc coniungere voluit cum eo quod dicitur in th. *res incorporales usucapi posse*, & pro exemplo afferre servitutes. Diximus autem antea, duplicem fuisse causam, propter quam olim non erat usucapio servitutum: alteram in rusticis, quod non erat continua earum possessio *l.14.de servit.* alteram in urbanis, quod earum usucapionem nominatim inhibuerat L. Scriboniæ *l.4.§.ult.h.t.* Ex quo necessario infertur, hac in re distinctionem inter servitutes olim fuisse, verbi causa, actum iter viam, & servitutem immittendi, protegendi, &c. & consequenter male improbari simpliciter earum distinctionem in continuas, & discontinuas: neque enim sufficit quod à Tr. allegatur, omnium continuam esse causam: vel quoniam hoc aut falsum aut non nisi æquivocè verum est, vel quia causa non potest inducere continuationem possessionis *per d.l.14. de servit.* Et tamen probanda non est sententia Dd. qui discontinuas servitutes immemoriali demum tempore præscribi existimant: quoniam ex ratione juris veteris discontinuitas illa possessionis sufficiens quidem fuit ad impediendam usucapionem, sed non ad impediendam longi temporis præscriptionem, de quo pluribus actum est supra *part.1.disp.17.th.8.* Ex his porrò infertur, non esse accuratam hanc propositionem Tr. *Nam & servitutes jure communi ad instar immobilium usucapiuntur.* Etenim hoc jure antiquissimo in urbanis tantum verum, post L. Scriboniam, in urbanis & rusticis falsum fuit, sed jure novo demum verum, quod usucapiantur ad instar immobilium: cùm ante Iustin. ad instar immobilium in provinciis longa quasi possessione per præscriptionem acquiri dicerentur.

THE-

THESIS III.

LIT. A.&B.

Videri possit initio non satis bona esse oppositio membrorum, *vitiosa præsidi data, commercio exempta*: quoniam & hæ, quo ad hunc effectum usucapiendi vitiosæ sunt. Quod inde ait, *furtivæ mobiles*, explicationis gratia dictum accipiendum est, quoniam iuxta receptam jure nostro sententiam immobilium rerum furtum non fit, ut ipse ait Tr. lit. B. Jus autem illud, quod prohibuit usucapi res furtivas, JCtus *in l. non solum. 33. h. t.* & Justin. *in §. 2. Inst. eod.* referunt & ad *L. XII. tab. & ad L. Atiniam*, quarum utra antiquior fuerit non constat: Gellius sane 17. *c. 7.* hæc veteris L. Atiniæ verba refert *eius quod subreptum erit æterna autoritas esto*: cui etiam *in l. 4. §. 6. h. t. & in l. potestatis. 215. de V. S.* caput illud, ut re furtiva in potestatem domini reversa usucapio procedat, adscribitur.

Partus ancillæ.] Non debebat simpliciter dicere partum ancillæ, sed partum ancillæ furtivæ: de hoc enim, an & quomodo usucapi possit, ita controvertitur, ut inter ipsos J Ctos ea de re constitisse non videatur: hinc præcipuè nata controversia, quod alii partum pro ancillæ parte habuerunt, alii non habuerunt. Casus autem triplex est. 1. quando ancilla prægnans surrepta, aut apud furem cum concepisset, apud eundem vel eius heredem peperit. 2. Quando peperit tantum apud bonæ fidei possessorem. 3. Quando & concepit & peperit apud bonæ fidei possessorem. Occurrunt hic totidem sententiæ ICtorum. 1. partum licet apud furem conceptum & editum apud bonæ fidei possessorem usucapi posse. 2. Conceptum apud furem & editum usucapi non posse, sed posse si apud bonæ fidei possessorem nascatur, licet apud furem conceptus fuerit. 3. Non nisi conceptum & editum apud bonæ fidei possessorem usucapi posse. Media & secunda sententia videtur fuisse Marcelli, cuius apud Ulp. *in l. si aliena. 10. h. t.* ex Scævola refertur opinio, quod existimaverit, partum conceptum & editum apud furem usucapi non posse: unde scilicet colligatur, putasse eum usucapi posse, si modo apud bonæ fidei possessorem editus fuisset: eò enim spectat reprehensio & dissensio Scævolæ, qui videtur probasse primam sententiam, quod partus etiam conceptus &

Partus ancillæ quomodo præscribatur

editus apud furem usucapi possit: quandoquidem ita colligere videtur contra Marcell. quod si non potest usucap· qui est conceptus & editus apud furem, nec posset usucapi, qui saltem apud furem est conceptus, quoniam vitium iam contractum apud furem, ex eo quod alibi ancilla peperit, non purgatur: neque minus ubi partus apud furem tantum conceptus est, obstat ratio qua Marcell. usus fuisse videtur, quod partus sit ancillæ furtivæ pars, quod ex eo tempore portio matris eiusque viscerum fuisse videatur *l.* 1. §. *ex hoc de ventre inspic. juncta. l.* 3. §. *utique de suis & legit. hered.* ideoque ut hoc argumentum evitaret Scævola, *in dict. l.* 10. *hoc tit.* omninò negare videtur, quod partus sit habendus pro ancillæ furtivæ parte, quoniam ut vitium furti in fætum in utero transeat, nulla necessaria ratio suadere videtur. Et hæc quidem mihi sententia Scævolæ fuisse videtur: vix enim est ut existimari possit Scævola saltem ex hypothesi contra Marcelli sententiam disputasse. Illud autem *Donell.* 5. *comment.* 25. *in princ.* insubtilius est, quod saltem Scævola existimaverit aliquo casu usucapi posse partum, sed eum non expressisse, ex aliis adeò locis petendum. Tertia sententia est Ulpian. partum ancillæ furtivæ usucapi non posse, nisi & conceptus & edibus fuerit apud bonæ fidei possessorem *l. qui vas.* 48. §. *ancilla.* 5. *de furt. l. si ego* 11. §. 2. *de public. act.* eademque Juliani *in l. penult. de stat. homin.* quoniam partus hic tempore furti commissi aut contrectationis durantis nullo modo extitisse dici potest *l. si matrem. Cod. de usucap. pro emtor.* Neque hic obstat *l.* 4. §. *heres.* 15. *hoc tit.* quoniam ibi non ea ratione negatur usucapio partus, quod sit furtivus, sed quia heres in vitium defuncti succedit: velut in iisdem terminis responsum est *in dict. l.* 11. §. 2. *de public. act.* Non obstat etiam *dict. l.* 4. §. *de illo*, quoniam ibid. adiicitur ratio specialitatis, quod possessio ancillæ quam servus, qui eam pro libertate domino dat, vitiosè nactus est, domino noceat, ita ut partum etiam apud se conceptum usucapere non possit, ut ex sententia Sabini & Cassii scribit Paul. *in dict.* §. 16. licet aliud placuisse videatur *Iuliano in l.* 9. *pro emtore*, licet *Donell.* 5. *comment.* 25. locum illum ad eum casum restringat, quo servus iam manumissus ancillam furtivam dedit. Sed porrò obstat *dict. l.* 4. §. 16. ubi dicitur etiamsi non ipse servus sed alius pro libertate servi mei ancillam

fur-

furtivam mihi dederit, partum me non usucapturum, licet apud me conceptus & editus fuerit. Sed nimirum hoc necessario & argumento §. seq. ubi se hoc dixisse ait JCtus, accipiendum est de eo casu, quo antequam pareret ancilla furtivam eam esse cognovi, hoc enim casu usucapioni non esse locum in dict. § 17. tradit Paul. eaque adeo limitatio addenda est ad supra propositam tertiam sententiam, quod ea tum demum procedat ubi partus & conceptus & editus est, antequam bonæ fidei possessor vitium furti cognovit. Ubi iterum occurritur *ex l. justo errore* 44. §. 2. *vers. veluti hoc tit.* ubi negat Papin. impediri usucapionem ex eo, quod possessor antequam ancilla pareret, eam alienam esse cognovit. Non videatur hic aliud responderi posse, quam quod *gloss. in dict. l.* 11 §. 2. *de public.* & probat *Donell.* 5. *comment.* 25. interesse an ancilla sit aliena furtiva, an aliena simpliciter non furtiva. Illo casu cessat usucapio si possessor resciscat esse matrem furtivam antequam pariat, quoniam dum adhuc in utero est partus, adhuc pars matris videatur: ideoque juxta dict. §. 18. non impeditur usucapio, si postquam enixa est, superveniat scientia. Hoc autem casu usucapio locum habet, quoniam ipsius matris usucapio procedit, quam mala fides superveniens non interrumpit: de quo casu accipienda est *dict. l.* 44. §. 2. *hoc tit.* sed de ancilla furtiva *dict. l.* 4. §. 18. *hoc tit.* quoniam de eâd. in §§. præced. tractatur. Sed hic iterum obiicitur Pompon. *in l. penult. pro suo*, qui usucapionem partus iam editi bona fide cæptam interpellari ait, si etiam post eius nativitatem possessor matrem furtivam esse intellexerit, nisi possessor aut ignoraverit cuius mancipium esset, aut si sciverit, domino denuntiaverit. Et sane ex textu illo perspicuo necessario limitatio addenda est ad sæpe *dict. l.* 4. §. *si antequam.* 18. *hoc titul.* Ratio autem Pomponii est, non quod deficiat bona fides, quoniam hoc usucapioni cæptæ non nocet, sed quod deficiat titulus, quem continuari & perseverare necesse est, & quod in nostro casu possessor non amplius pro suo, sed clam possidere incipiat. Cui non obstat *l. 6. in princip. de acquir. possess.* ubi dicitur eum qui bonum initium habuit, non propterea clam possidere videri, quod postea rem celaverit: etenim in specie *dict. l. pen. pro suo*, titulum plane deficere Pomponius respondet,

det: cuius hæc porrò ratio videtur, vel quod emtio rei furtivæ postquam de eo constat, nulla esse videatur, maximè quoad effectum usucapiendi: vel quia ut Donell. putat 5. *commen.* 25. *in f.* cum in specie ea partus apud bonæ fidei emtorem concepti, non partus, sed tantum ancilla emta sit, partus editus non nisi pro suo possideri potest, quem titulum cessare oportet, ubi scientia furti supervenit. Verum ex hac ratione sequeretur, quod etiam usucapio partus ex ancilla aliena non furtiva editi, superveniente scientia rei alienæ interrumperetur contra *d.l.*44.§.2.*h.t.* ad quam sane limitatio *d.l.pen.* quæ nominatim de ancilla furtiva loquitur contra regulas juris accommodari non potest, ut ita speciale quid propter vitium furti esse oporteat.

Quid juris in fœtu pecudum furtivarum

Controversia huic connexa est quam omisit Tr. quid juris sit in fætu pecudum furtivarum. Et respondet de his *Vlp. in l. qui vas* 48.§.*ancilla in f. de furt.* idem in pecudibus servandum esse & in fætu earum, quod in partu: quod responsum confirmatur *ex l. si aliena.* 10.§.2.*h.t.* ubi itidem in hac quæstione partus ancillæ cum fætu pecorum comparatur. Sed omninò huic sententiæ obstare videtur *l. bonæ fidei* 48.§.*ult. de acquir rer. dom.* ex quo loco *Cuiac.* 15.*obs.*20. *Donell.*5.*commen.*26. omninò probari putant, etiamsi prægnantes venerint oves furtivæ, fætum tamen esse bonæ fidei possessoris. Sed hoc quidem sequitur ex ea lectione quam Cuiac. probat, *si oves prægnantes venierint, quæ subreptæ fuerunt*: minimè autem sequitur ex lectione Florentia & Norica, quæ alternativè ita habet, *etiamsi prægnantes venierint vel subreptæ sint*: quæ disiunctio potius infert fætum ovium quæ prægnantes subreptæ fuerunt, bonæ fidei possessori non acquiri, sed tum demum si apud eum oves conceperint & pepererint. 2. objicitur quod ipse *Vlp. in d.l.*48.§.6.*de furt.* expressè separat partum ancillæ à fætu pecorum, & ex furtivis equis natos statim ad bonæ fidei emtorem pertinere tradit. Sed nimirum hactenus dispar ratio est partus & fætus, quod ille non est in fructu, & ideo de eius usucapione disputatur: hic autem est in fructu, ideoque quæritur, an statim acquiratur bonæ fidei possessori nec ne. Sed in eo *in* §.5.*d.l.*48. partum ancillæ & fætum pecoris comparari intelligendum est, quod sicut patrum ancillæ furtivæ non usucapit bonæ fidei possessor, nisi apud eum conceptus & editus sit: ita jure fructuum pecudum furtivarum fætum non acquiri bonæ fidei

dei possessori, nisi itidem apud ipsum conceptus & editus sit: secus si conceptus sit apud furem, vel v. c. ovis prægnans subrepta, quod ita fætus furtivus factus, jure fructuum possessori acquiri non potest: & consequenter quod de fætu equarum furtivarum dicitur *in d. l.* 48. §. 6. accipiendum est de casu quo equæ apud ipsum possessorem conceperunt, quæ etiam explicatio prorsus nihil incommoditatis habet, 3. objicitur *l.* 4. §. *lana*. 19. *h. t.* Respondeo aliud esse in lana, aliud in agnis & quod de agnis dicitur rectè explicari de conceptis apud possessorem: aut si quis nolit hoc admittere, respondebo quod JCtus expresse agit de agnis consumtis: ex quo infertur, agnos ovium furtivarum non conceptos apud bonæ fidei possessorem, jure fructus ei non acquiri, quoniam alias agni hædi & vituli statim sunt bonæ fidei possessoris *l.* 28. *de usur.* nihil autem mirum est de consumtis ita responderi, quod alias consumtio faciat bonæ fidei possessorem, acquirere fructus quos non acquirit perceptione, veluti fructus naturales, de quibus alibi actum. Atque secundum hanc explicationem conservatur textus *in dict. l.* 4. §. 19. quem destruit Donell. dum verba, *si consumti sint*, supervacanea esse existimat: quod minimè probabile est, cum præsertim sint posita per modum conditionis. Male igitur *in d. l.* 48. §. 5. *inf. Cuiac.* 15. *observ.* 20. *& Donell.* 5. *comment.* 25. legi volunt, *Non idem:* malè *Connan.* 3. *comment.* 15. *num.* 3. *eundem* vers. per modum interrogationis legendum esse putat: quod contortum est & coactum, & à perspicuitate Ulpiani alienum.

Circa hanc tractationem, de inhibita usucapione rerum furtivarum, illud quoque agitatur, an res quam quis pignori tradidit, & ipse subripuit, usucapi possit: etenim ratione possessionis quæ intervertitur creditori, furtum committi, & rem furtivam fieri, docent §. *unde constat*. 14. *Institut. de obliga. & d. l. ult. de usucap. al. pro soluto.* Duplex autem hic occurrit controversia & pugna. 1. quod *in l.* 4. §. *si rem*. 21. *hoc tit. & in l.* 5. *pro empt.* dicitur, rem istam subreptam à debitore, & ab eodem distractam, usucapi posse, &, juxta *d. l.* 5. utiliter cedere tempora usucapionis: & id tamen non obscurè negatur *in l.* 6. *Cod. de usucap. pro emt.* Deinde, ut res ista possit usucapi: requiritur ut redierit in potestatem creditoris *l. ultim. hoc titul.* cuius tamen nulla mentio *in d.*

Zz

tamen nulla mentio *in d. l. 4. §. 25. h. t. & in d. l. 5. pro empt.* quin imò contrarium responsum videtur *in l. 4. §. quod autem 6. hoc tit.* Quod ad prius attinet, distinguit Accur. an debitor fuerit dominus nec ne? Quod prorsus divinatorium est, & à mente JCtorum alienum: cũ & aliàs in dubio præsumi debeat rem fuisse debitoris, quod rei alienæ pignus non consistat: nec quid quam ad rem hanc expediendam distinctio ista vel ideo facere potest, quod quæritur an res pro furtiva habeatur nec ne? ad eum effectum, ut à possessore aliquo usucapi vel non, possit, quod in re furtiva ita ius est, ut nulla sit usucapio, licet per centum manus ambulaverit. Insubtilius illi, qui *dict. l. 4 §. 21 h. tit. & l. 5. pro empt.* restringunt ad casum, quo res reversa est in potestatem creditoris, de quo nec dupondius dubitaverit. Nec subtilius iidem, dum distinguunt inter usucapionem, quæ currat adversus creditorem, vel alium, & præscriptionem 30. aut 40. annorum in medium afferunt: etenim quæritur hic indefinite an res usucapi possit, neq; tractatur de actione hypothecaria, quæ dominio acquisito non impeditur *l. 1. §. 2. de pignor.* Fereest, ut existimem rationem decisionis *in l. 4. §. 21. h. t. & in l. 5. pro emtore* pendere à mera quadam subtilitate juris civilis, & ideo rem pignoratam à debitore subreptam & ab eod. distractam usucapi posse, quod uno eodemque puncto & momento res furtiva facta, & in domini qui ipse furtum fecit, potestatem rediisse, & ita vitium purgatum esse videtur. Quamvis enim, præcipuè ratione possessionis furtum à debitore fieri videatur, nihilominus tamen tota res furtiva facta est sicut & iis casibus, quibus non domino, sed aliis quorum interest, subrepta fuit iuxta *§. furti autem 3. cum seqq. Inst. de Obliga. ex delicto*, qua de causa ut vitium purgetur res creditori subrepta in domini debitoris potestatem reverti debet *leg. 4. §. 6. hoc titul.* Hæc autem ratio cessat *in l. 6. Cod. de usucap. pro emtor.* in cuius specie per ipsam distractionem rei pignori obligatæ committitur furtum *l. si is qui 66. in princ. de furt.* cuius vitii ita contracti nulla est purgatio. Et hoc videtur animadvertisse Cuiac. dum distinguit inter pignus & hypothecam, & de hac accipit *d. l. 6.* Errat enim *Donell. 5. comment. 28. inf.* ubi in specie *d. l. 6.* rem ab alio subreptam & à debitore distractam proponit: tum quia nihil apparet, quomodo à fure ad debitorem pervenerit, tum quia ita falsum esset quod rescribit Imperator, non posse eam rem usucapi, si quidem hoc modo

do

hoc modo purgatum esset vitium furti per *dict. l. 4. §. 6. hoc tit.*

Quod ad posterius attinet, non leviter obstat *l. ultim. hoc tit.* ubi in specie iam proposita requiritur, ut res redeat in potestatem creditoris, & consequenter non poterit ante usucapi. Nihil habeo aliud quod respondeam, nisi, quod hoc à Paul. non requiratur, sed tantum ab eo exceptionem proponi ad regulam, qua furtivæ rei vitium purgari negatur, nisi res in potestatem domini revertatur. Non autem negat Paul. quin etiam per reversionem in potestatem debitoris vitium purgari possit, ne aliâs sibi ipsi contradicat *in dict. l. 4. §. si rem 21. h. tit.* Et ita sane est, ut si debitor rem distraxerit, eaque postea ad creditorem reversa sit, vitium purgatum dicatur. Nihil autem huc pertinet *l. 4. §. 6. h. tit.* ubi alius non debitor subripuit rem creditori.

Quod jure Saxon. secus.] Non intelligo quid sibi velit: quoniam Reinhardus *part. 1. differ.* 14. hoc solum tradit, quod jure civili emtor rei furtivæ teneatur restituere rem non refuso pretio, quoniam scilicet ius domini vindicantis potius & potentius est: & si contraria sententia obtinet jure Saxon. merito dubitatur an casu contingente ea debeat obtinere: verum hoc ad quæstionem præmissam de partu ancillæ furtivæ nihil omninò pertinere apertissimum est.

LIT. C.

Vi possessa.] Res vi possessa hic dicitur, de qua possessorem quis deiecit, & eam per vim occupavit *l. 1. §. vi possidere 28. unde vi.* Et ergo 1. usucapi res potest quam quis vacantem occupavit. §. *quod autem. Institut. hoc tit.* licet postea dominum venientem non admiserit *l. 4. §. pen. h. tit.* licet Justin. etiam hic ubi quis rem vacantem occupavit interdictum unde vi, concessisse videatur *in l. ult. C. unde vi*, de quo agitur infra *disput. 25. thes. 5.* utique ea constitutio producenda non est ad hunc effectum, ut res usucapi nequeat. 2. usucapi res potest, à qua aliquis tantum vi deiectus, sed ea à deiiciente occupata non fuit iuxta *l. 4. §. si tu me 22. l. non solum 33. §. si dominus 2. h. t.* ex quibus textibus probatur, non sufficere ad hunc effectum vi deiectum quem esse, sed requiri ut sit vi possessum, ideoq; aliquibus casibus, licet competat interdictum unde vi, rem tamen usucapi posse.

LIT. D.

Res præsidi data.] De rebus præsidi, sive proconsuli aut prætori contra L. Juliam datis, quod earum non si usucapio, textus sunt *in l. bonæ 48. inf. pr. d. adq. rer. dom. l. pen. ad L. Iul. repet.* subjicit autem Tr. communem limitationem ad hæc tria membra, rerum furtivarum, vi possessarum, & contra L. Juliam datarum; *nisi vitium sit purgatum, & res in domini potestatem fuerit reversa.* Ubi tamen, verbum, *domini*, laxius aut abusive potius est accipiendum, quoniam trium illorum membrorum eadem ratio non est. Et res furtiva quidem debet reverti in potestatem domini *l. 4. §. quod autem C. h. t.* junctis iis quæ paulo ante dicta sunt. Res vi possessa, in potestatem eius qui dejectus fuit, ut maxime dominus non fuerit, Res deniq; præsidi data, in potestatem eius, qui dedit *l. pen. ad l. Iul. repet. §. aliquando 3. Inst. h. t. d. l. 4. §. 6. h. t.* Nihil autem interest, an in potestatem harum personarum res pervenerit, an alio modo illis satis factum sit, *arg. l. 4. § sed et si 13. l. si fur. 32. in pr. h. t.* Possit exceptio etiam hæc *nisi vitium purgatum sit*, videri insubtilior: v. c. Regula est: Furtivam rem usucapi non posse. Exceptio: nisi vitium rei sit purgatum: id est, in effectu, nisi res non sit amplius furtiva atque ita exceptio de regula non erit. Sed puto, quod lex, quæ æternam v. c. rei furtivæ autoritatem esse, eamque nullo tempore usucapi voluit, cautionis cuiusdam loco hoc adiecerit, ne quis existimaret, vitium semel contractum nulla ratione purgari posse.

LIT. E. & F.

Tres classes rerum hac th. facit Tr. primam earum quæ propter delictum admissum vitium contraxerunt, veluti furtum, violentiam & concussionem, quæ præsumitur in magistratu qui aliquid accepit. Alteram earum, quæ sunt extra commercium, veluti res divini juris, liber homo &c. quarum enim rerum non est dominium, earum nec usucapio esse potest.

LIT. G.

Pupillares.] Sub tertiam classem refert Tr. varias res ab usucapione exemptas, & 1. pupillares. Et est hoc generale, ut contra pupillum non currat præscriptio *l. 3. C. quib. non objicit long. temp. &c.* nec tricen-

tricennalis quidem *l.3. C.de præscript.30.annor.* unde *in l.* 10.*quemadm. servit. amittant.* negatur quod pupillus non usu amittat servitutes: & in specie res pupilli longi temporis spatio acquiri non posse dicitur *in l.bonæ.48.in f.pr.de acquir.rer.dom.* Sed in contrarium quod pupilli res usucapi possint, faciunt *l. etiam ei.45.de minor.* ubi contra eum qui in utero est usucapio dicitur currere *l.2.* §.*si à pupillo* 15. *& l.* 7.§.3.*pro emtore l.apud celsum.*4.§.*si quis* 24.*de excep.dol.l.*4.§.*si pupilli.*11. *h.t.ubi Cuiac.in d.l.*4.§.24. vult legi, *nec usucapta arg.l.2.de eo qui pro tutore*, quod tamen improbat rectè *Robert.*1.*recept.lect.*7. quin & quod *d.*§.24. secundum lectionem Cuiac. ponitur casus rei non usucaptæ, arguere videtur, etiam usucaptæ rei casum dari posse: maximè cum ibi proponatur casus rei alienatæ à non tutore, ut proinde ubi à vero tutore res alienata fuit, usucapioni locus esse debeat. Et sane quicquid rectè vendi, & ex titulo tali accipi potest, illud etiam usucapi posse rationis est: atquin rem pupilli rectè vendi posse textus iam citati probant, juncta *l.si res* 49.*de minor.* Ad hæc expedienda duplex responsio refertur & distinctio ab Accursio *in d.l.*48.*in pr. de acquir.rer.dom.* qua utraq; utitur *Cuiac.in d.l.*4.§.11.*h.t. & lib.*24.*obs.*14. & 1. inter rem quæ sit in dominio pupilli, & quæ bona fide saltem fuerit ab ipso possessa. 2. inter rem mobilem & immobilem. Videantur fortassis rectius distingui tres casus, quod vel alienatur res pupilli à tertio quodam qui eam possidet, vel à pupillo sine tutoris autoritate, vel cum tutoris autoritate. Ad primum casum præcipuè pertinere videtur, quod res pupillaris usucapi posse negatur, ita ut pupillo rem vindicanti non obstet exceptio. Secundo casu aut quęritur de illo ipso, qui rem à pupillo emit, & hic ideo usucapere non potest, quia titulum non habet, cum contractus sit ipso jure nullus: aut de tertio qui rem postea bona fide accepit, & hic ob eand. causam, quod res pupillaris est, usucapio cessabit. Tertio casu quo vel pupillus cum tutore, vel ipse tutor nomine pupilli bona fide rem vendit, aut venditio est nulla, propter qualitatem rei, quæ requirit decretum, & idem erit quod in casu priori: aut venditio fuit valida, quod vel decretum intercessit, vel aliâs res alienari potuit sine decreto juxta *l.22.C.de administrat.tutor.* & hic nihil impediet, quominus res illa, si forte à non domino bona fide accipiatur usucapi possit: cum nec quicquam hic intersit pupilli, qui si per contractum læsus est, restitutione in integrum uti potest *d.l.*49.*de min.*

Contra pupillos enim.] Proponit hoc Tr. per modum ampliationis, quod contra pupillum nec incipiat præscriptio, nec contra defunctum cæpta continuetur. Et tamen dum quærimus an res pupilli usucapi possit, non tantum de usucapione vel præscriptione contra pupillum alleganda tractamus, sed perinde ut de re furtiva aut vi possessa, an in universum res pupillaris sit obiectum usucapionis. Male autem pro dissentiente citatur *Robert. lib.* 1. *animadvers.* 24. ubi sicut & *lib.* 1. *recept. lect.* 7. nihil aliud tractat, nisi ut lectionem vulgatam *in l.* 4. §. 24. *de doli exceptione* tolerari posse contendat: cæterum quæstionem an res pupilli usucapi possit sub distinctione decidendam esse obiter addit. Ei autem, quod contra pupillum nec incipiat nec continuetur præscriptio, non obstat *l.* 8. C. *de non numer. pecun.* ubi etiam pupillus heres solvere compellitur: etenim respondeo, non, quod ibi sit speciale in illa exceptionis specie, quæ cessat post biennium propter præsumtionem numerationis ex confessione propria ortam: sed quod ibi tota præscriptio completa erat contra defunctum, quod ipsa verba L. perspicuè ostendunt.

LIT. H.

Res minorum.

Minorum.] Præscriptiones, seu potius usucapiones, contra minores olim cucurrisse, probat *l. un. C. si advers. usuc.* præscriptiones in specie dictas non cucurrisse docet *l.* 3. *Cod. quib. non obiic. long. tem.* Justin. nec has nec illas minori currere voluit *l. ult. Cod. in quib. caus. in int. rest.* atque ita ferè minores pupillis exæquavit duobus exceptis, quæ hic proponit Treutl. 1. quod contra pupillum nec currit præscriptio 30. annorum *l.* 3. *Cod. de præscript.* 30. *annor.* quæ currit contra minorem *d. l. ultim. Cod. in quib. caus. in int. rect.* 2. quod contra pupillum nec contra alium & in persona alterius cæpta præscriptio currat, sed omnimodo cæpta currit ipso jure & continuatur contra minorem: ita tamen, quod addendum est, ut ei detur restitutio. Sed contra prius illud, quod nec continuetur contra pupillum cæpta præscriptio, obiici potest. 1. quod ex persona heredis non debeat mutari jus possessoris. Respond. specialiter hoc jus & privilegium datum esse pupillis: & in effectu idem est in minore qui restituitur. 2. quod licet etiam dotales res non possint usucapi, aliud tamen sit usucapione ante cæpta. Resp. plus hic esse datum pupillis, quam mulieri in re dotali. 3. obiicitur

citur *l. 3. §. ultim. ex quib. caus. in possess.* ubi missio fit in possessionem rerum hereditariarum, etiamsi pupillus sit heres. Resp. nihil id huc pertinere, quod fit autoritate magistratus ad executionem iustitiæ, quæ creditoribus hereditariis non debet nec potest negari, qua de re agitur infra disp. 24.

Contra posterius, quod quæcunque præscriptio antea cæpta, currat & continuetur contra minorem, obiicitur *l. 3. C. quib. non obiicit. long. temp. &c. & l ult. Cod. in quib. caus. restit. in integr. &c.* quæ loca sane difficile est restringere ad casum præscriptionis cæptæ contra minorem, tum propter generalitatem *d. l. ult.* tum quod *in d. l. 3.* indefinitè dicitur, tempus quod in minori ætate transmissum est, non imputari in longi temporis præscriptionem: & hoc adeo fortassis contra Tr. indefinitè & indistinctè defendi poterit, tempus illud, quo quis minor fuit, eximi ex præscriptione, perinde atq; alter tanto tempore minus possederit. Et quoniam tempus non imputari dicitur non potest *d. l. 3.* ita explicari, quasi contra præscriptionem completam detur restitutio, maximè post *dict. l. ult. C. in quib. caus. in integr. restit.* Et cum idem Justin. jura usucapionis & præscriptionis longi temporis confuderit, differentia quæ olim erat inter præscriptiones, & usucapiones *l. un. C. si advers. usucap.* merito sublata videri debet, siquidem *in d. l. ult.* præscriptiones quæ olim ipso jure contra minorem currebant, amplius currere non vult Justin. sed minorem ipso jure securum esse. Plerisque autem hic obstare videtur, quod *in l. etiam ei 45. de minoribus* dicitur, usucapionem etiam adversus eum currere, qui in utero est. Sed nimirum & hic adhiberi distinctio inter usucapionem & præscriptionem: & amplius responderi hoc potest, quod cum non constet, an partus certò sit nasciturus, non etiam visum fuisse inhibendam usucapionem. Verum & ad huius & ad præmissorum pleniorem explicationem, operæ pretium esse videtur, excutere hic & examinare propositiones, quas ex Dd. proponit *Balb. de præscript. part. 6. principali. part. 1. num. 29. & seqq* quarum prima principalis est, & hinc tamen paulo alienior, de præscriptione conventionali, estque bimembris: quoniam præscriptio provenit & originem sumit vel ex contractu defuncti, cui successit pupillus, vel ex contractu ipsius pupilli sive minoris. Priori casu præscriptio currit contra heredem licet pupillum, quoniam ex persona successoris obligatio mutuo contrahen

trahentium consensu constituta, mutari non debet *l.* 2. §. 2. *de V.O.* Huius rei exemplum extat *in l. Æmilius* 38. *de minor.* ubi non soluta pecunia ab herede pupilla juxta conventionem commissoriam, sub qua defuncto venditus fundus erat, fundum tanquam inemptum factum, fuisse alteri distractum proponitur: quod adeo secundum Dd. referente Baldo obtinet, ut nec per beneficium restitutionis pupillo heredi succurratur. Idq; convenit sententiæ Pauli *in d. l.* 38. ubi cum pupilla in integrum restitui desiderasset, & bis victa ad. Imp. provocasset, Paulus ait se putasse, bene fuisse judicatum, quoniam defunctus non ipsa pupilla contraxerat: & ut ex Dd. ratiocinatur Balb. quemadmodum contra contractum à defuncto celebratum & perfectum, non datur restitutio minori vel pupillo heredi, ita nec contra lapsum temporis & termini sub & cum quo defunctus contraxit. Veruntamen hæc conclusio & Pauli & Dd. in terminis *d. l.* 38. *de minor.* perspicuè satis claudicare videtur: quoniam cum fatentibus Dd. restitutio detur pupillis vel minoribus heredibus, si ex contractu defuncti aliquid cum ipsis agatur *ex d. l.* 38. *de minor.* ibi, *denuntiationibus sæpe datis*, parum interesse videtur ad jus restitutionis impetrandæ, an aliquid cum illis agatur, an verò ex contractu defuncti aliquid ipsis agendum incumbat, propter cuius omissionem si damnum senserint, meritò restitutionem in integrum impetrare debent: quod accidit in specie *d. l.* 38. in qua tempus solvendi residuum pecuniæ ex contractu cum defuncto celebrato debitæ, incidit post mortem debitoris in tempus ætatis pupillaris. Et hæc omninò fuit sententia Imperatoris optima hac ratione pro pupilla pronunciantis, quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eaque effecisset, ne pareretur L. venditionis: ut ita textus iste opinionem Balbi & Dd. pro qua male adducitur, ipse evertat. Et tanto magis falsa erit Dd. sententia & ampliatio ibid. à Balb. tradita, quod non detur restitutio pupillis aut minoribus heredibus, etiamsi præscriptio non fuerit inchoata contra defunctum, sed ex contractu defuncti inceperit contra pupillum vel minorem: Quæ ampliatio minime probatur *ex l. ea quæ pen. C. de resti. militū*, in qua repellitur petitio militis, qui propter hoc solum quod miles erat, contra contractum à patre suo gestum, & procul dubio etiam perfectum & completum, volebat restitui. Cæterum ipsi Dd. sententiam suam, qua ita conventionales præscri-

prio-

ptiones, ut ne quidem restitutio detur, contra pupillum & minorem currere statuunt, re ipsa & effectu destruunt, dum ex alia causa restitutionem concedunt: videlicet ex causa & capite ignorantiæ, quæ iusta est in successore & hærede, ita enim ex Dd. *Balb. d.p.6.punct.post.l.n.32.vers.primò limita.* quam opinionem de concedenda restitutione ex solo capite ignorantiæ, falsam esse probavimus *sup.p.1.disp.XI.th.*17. Addendum hic est, quod etiam præscriptiones, quæ oriuntur ex voluntate defuncti, ipso iure currunt contra minorem, sed restitutione salva, cujusmodi casus est in *l.*3.§. *& si heres.* 8. *de minoribus.* quo ipso confirmatur contra Dd. quod etiam contra præscriptionem conuentionalem, quæ incidit in ætatem minorennem, restitutio debeat concedi. Posterius membrum primæ huius propositionis, non habet difficultatem: quod præscriptio conventionalis ex minoris contractu cœpta, currat, sed restitutio detur.

Altera principalis propositio sive conclusio Balbi *dict. loco n.* 33. *est*, quod præscriptio legalis inchoata contra defunctum, currat contra hæredem cuiuscunque ætatis, etiam pupillum, ut tamen restitutio detur: in eoque lapsus est Tr. qui lit. G. citat Balb. tanquam affirmantem, quod nec cœpta contra alium præscriptio adversus pupillum continuetur: quia imò ille d.num.33. contrarium statuit, & nu.34. pro regula tradit: quod omnis præscriptio cœpta contra defunctum, continuetur ipso jure contra pupillum, excepta sola tricennali, quæ tanquam odiosa dormiat in persona pupilli, juxta *l.*3 *C.de præscrip.*30.*ann.* Citatus à Tr. *Mynsing. resp.*11.*n.*28. confusè agit, & tamen se remittit *ad gl. l.un.C.si advers.usucap.* quæ pariter ut Balbus indistinctè affirmat, quod præscriptio cœpta cõtra defunctum, continuetur contra quemcunq; hæredem minorem, excepta tricennali, quæ odio sui in persona pupilli dormiat. Sed quicquid illi sentiant, malim cum Treut. *&* W*esembec. in paratit. nu.*14. licet hic quoque male pro hic se citet Balb. statuere quod omnis præscriptio in persona pupilli dormiat: prò qua sententia *ex l.*3.*C.de præscript* 30.*annorum.* (ex qua omnes admittunt, præscriptionem 30. annorum non continuari contra pupillum) rectè ducitur argumentum à maiori ad minus: quod si hæc non continuatur, multò minus continuabuntur aliæ minoris temporis. Etenim licet in usucapione sit factum possidentis, concurrente

titulo & bona fide, & tricennalis præscriptio fere in negligentia sola actoris fundetur, tamen si tempus longissimum conferatur cum brevissimo tempore, veluti ex ratione juris veteris anno vel biennio, nemo non animaduertat, recte hoc argumentum duci à maiori ad minus: sed & præscriptio 30. annorum non tantum contra personales, sed etiam contra reales actiones opponitur: & hic non tantum de usucapione, sed quacunque temporis præscriptione tractatur. Quin imo cum Justin. in *pr. Inst. h. t. & in l. vn. C. de usucap. transform.* usucapiones juris antiqui, propter brevitatem temporis improbet, & odiosas habeat, consequens est, quo diutius præscriptiones durant & protrahuntur, eo minus odiosas videri debere. Sed & neq; Theodos. principaliter *in l. 3. C. d. præscript. 30. annorum*; odium aut favorem respexisse videtur, quam potius omne jus agendi certo tempore concludere voluit, ut tandem aliquis esset terminus actionum, boni publici causa *arg. l. 1. h. t.* quo fine non attento cum exceperit ætatem pupillarem, multo magis exceptio ea in aliis brevioribus præscriptionibus locum reperire debet, quæ propter brevitatem temporis odiosæ potius, contra quam male putant Dd. quam favorabiles sunt. Accedit huc quod *Iustin. in l. ult. C. in quib. caus. in integr. restit.* prohibens currere præscriptiones temporales, in suo statu conservat præscriptionem tricennalem, nunquam hoc facturus, si eam pro odiosa habuisset. Facit deniq; quod in *l. bona fidei 48. in f. pr. d. acquir. rer. dom.* res pupillaris usucapi negatur: quod si enim hoc privilegium est rei, propter hoc solum quod pupilli est, sequitur nullo modo contra personā pupilli usucapionē posse prætendi, & tanto minus præscriptionem in specie dictam. Neq; obstabit *l. un. C. si advers. usucap.* quæ propter d. l. 48. ad minores in specie dictos restringi debet: licet inter usucapionem, quæ ex l. 12. tabb. erat, & præscriptionem ex ratione juris antiqui distingui possit. Vix autem captare quis possit verba d. l. 48. *longo tempore capi*: vel quia illa à Tribon. post transformatam usucapionem substituta videri possunt: vel potius, quoniam res vi possessæ præsidi contra legem datæ, in quibus & rebus pupilli idem jus statuitur, usucapi non possunt. Hæc de pupillo.

De minore paulo ante diximus, posse defendi contra sententiā Dd. & Balb. quod præscriptiones nec cæptæ continuentur contra minorem, per textus generales *in l. 3, C. quib. non obiicit. long. tempor. l. ult.*

C. in

C. in quib. caus. non est necess. quæ quod olim particulare erat in quibusdam præscriptionibus, fecit generale: quod confirmatur generali ratione & decisione Justin. qui minores quib. casibus olim cōtra præscriptiones restitutione opus habebant, ipso jure vult esse securos: & ita propter generalitatem textus, post cōfusa usucapionis & præscriptionis jura, non absurde dicemus sublatā esse *d. l. un. C. de usucap.* Illud constat, si ponamus currere præscriptiones contra minorem, per restitutionis beneficium iis succurri: quod etiam in præscriptione 30. annorum admittunt Dd. *Balb. sæpe d. loc. Vult. lib. 1. Iurispr. c. 71. n. 53.* & alii citati supra *part. 1. disput. 11. th. 12. lit. A. in fin.* Quæ itidem sententia mihi falsa videtur 1. quod Imperator in *d. l. 3. C. de præscript. 30. annor.* non simplicem cursum temporis, sed effectum rei & veram exclusionem actionis respexerit. 2. Per textum optimum *in l. ult. C. in quibus caus. in integr. restit.* ubi Justin. pro regula ponit, non currere amplius præscriptionem contra minores, quibus casibus ante eum restitutione opus erat: & ergo ubi contra minorē ex sententia Justin. currit tempus, non dabitur restitutio: currit autem præscriptio 30. annorū, quam nominatim excipit Justin. *in d. l. ult.* neque vero eam excepisset, si eam non obesse minori voluisset, sed potius hic quoq; ne ipso jure curreret, constituisset: adde huc not. *p. 1. disput. 11. th. 12. & th. 17.* in quæst. *an ex causa ignorantiæ detur restitutio.*

Tertia conclusio sive propositio Balbi est de præscriptione legali, quæ cœpit contra ipsum pupillū vel minorem, Et in pupillo simpliciter affirmandū est, quod præscriptio non currat. In minore *d. disp. XI. p. 1. th. 12.* ex ratione juris veteris distinguendum diximus (de qua etiā distinctione v. plurib. Balb.) inter species præscriptionū: jure a. novo post *l. ult. C. In quib. caus. in integ. rest.* excepta tricennali, nulla præscriptio contra minorem currit. Sed de his satis: plura videri possunt apud Balb. & ab eo citatos, & *sup. p. 1. d. disp. XI. th. 12 lit. A.*

LIT. I.

Res meræ facultatis.] Negat has posse usucapi, vel potius præscribi. subjecta tñ hac limitatione, nisi is q merā hēt facultatē, ꝓhibitioni alterius acquieverit. Qua limitatione sententiā priorē destruere videtur: qm̄ hæc q̄stio pertinet ad p̄scriptionē in specie dictā, an videlicet quis iure aliquo ꝙ hēt pp alterius prohibitionem privari pos- Res mera facultatis an praescribatur. &c.

sit & ponendi sunt termini habiles, sine quibus nulla præscriptio est: & generale hoc est, ut qui jus sibi aliquod usurpat, aliique id competere negat, per actus possessorios & prohibitorios id consequi necesse habeat: & cum dicimus præscriptioni locum non esse in rebus meræ facultatis, simul hoc dicere videmur, contrariam prohibitionem nullius esse momenti: & ita accipienda est *l. 2. de via publ. & itin.* ut non tantum non usus non noceat, sed nec prohibitio contraria efficiat, ut quis à jure eundi per viam publicam excludatur. Triplici autem distinctione hæc res expediri, aut declarari potius posse videtur. 1. An constet tale jus esse, quod dicitur meræ facultatis, an esse negetur: veluti si quis non viam publicam, sed locum privatum esse contendat, præscriptioni locus erit, nisi quid intersit Reipublicæ, sed quæstio ita concepta huc non pertinet. 2. Interest an præscribere velit privatus, an verò princeps vel Respubl. in quibus terminis propter jus territorii facilius præscriptio habebit locum. 3. Distinguendum videtur inter acquisitionem absolutam, quæ jus plenum dominis tribuat, & temporariam, quæ tantum tribuat possessionem, & jus interim prohibendi: quomodo ius piscandi in flumine publico in certo loco acquiri potest, ita ut alterum prohibere liceat, ut tamen illo ex possessione digresso in pristinam res redeat libertatem: quomodo à Dd. conciliari solent, *l. si quisquam, 7. de divers. præscript. & l. præscriptio. 45. in pr. h. t.*

Quomodo juri reluendi præscribatur.

Sic iuri reluendi.] Ex eo, quod rebus meræ facultatis non præscribatur infert Tr. quod juri reluendi pignoris & pacto de retrovendendo, vel potius iuri & actioni ex pacto illo quæsito & nascenti ne quidem 30. annis præscribatur. Parum accuratè; quoniam propositio præmissa de rebus meræ facultatis, non ad certam & certi temporis præscriptionem limitata, sed indefinita est: neq; possis Tr. sententiam & propositionem illam restringere ad usucapionem, quoniam in hac ipsa quæstione de jure luendi pignoris, & rem venditam revocandi, non de usucapione, sed de præscriptione tractatur. Est autem talis Tr. collectio: rebus meræ facultatis non præscribitur: atqui ius luendi pignoris, & rem venditam repetendi est meræ facultatis: ergo, &c. In hoc argumento aut minor falsa est, aut perspicuè committitur fallacia homonymiæ; in phrasi, *esse meræ facultatis:* quod si definimus illud esse,

quod

Quod in cuiusvis libera voluntate & arbitrio positum est, jam omnis actio & persecutio meræ facultatis futura est. Sed nimirum in actione duo sunt, ipsum agendi factum, vel ius agendi de facto, & ius agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, illi nunquam præscribi potest, sed huic potest, & hactenus minimè jus hoc meræ facultatis appellandum est, quoad hunc effectum: sed nudum intendendi factum, vel quod citra ullam obligationē, & conventionem iure naturę vel gent. cuiuscunq; arbitrio libero permissum est, cuiusmodi ius actio pignoratitia vel ex vendito nec esse nec dici potest. Ex quibus apparet vitiosam esse hanc Tr. *Geil. 2. obs.* 18. & aliorum illationem: & ex adverso rectius sentire, qui jura hæc sub iis quæ juxta *l. 3. & 4. C. de præscript.* 30. *annor.* præscriptione triginta vel ad summum 40. annorum excluduntur, contineri existimant, & ex eorum numero *Wesembec. cons. 2. num.* 94. *Covarr. 1. variar. resolut. c. 9. num.* 2. pro qua sententia hoc quoque facit, quod constat post 30. annos à creditore debitum peti non posse: ut utique ultra 40. annos actio pignoratitia porrigi nequeat, cum nec hypothecaria creditori ultra 40. annos contra debitorem eiusve heredem concedatur *l. 7. C. de præscript.* 30. *annor.* quanquam alibi monuimus, quod constitutio illa parum rationabilis videatur. Frustra autem obiicit *Cuiac. in l. 13. hoc titul. & in paratitl. C. de præscript.* 30. *annor.* cum possessio creditoris ad usucapionem prosit debitori, absurdum esse præscriptionem creditoris nocere posse debitori, quo minus pignoratitia experiri possit: etenim non per usucapionem defendi dicimus creditorem, sed communi temporis exceptione, quo actio finitur: aliâs multo minus actioni commodati vel depositi tanti temporis spatio rescribi posset. Non obstat etiam *l. ultim. C. de pignorat. act.* vel quia eo tempore sub Imperatore Diocletiano actiones personales revera perpetuæ erant, vel quia *in d. l. ultim.* non de longissimi sed longi temporis præscriptione respondetur, quæ etiam responsio est ad *l. 10. C. de pignor. act.* Non autem animadverto, quid pro sententia Treut. facere possint *l. purè. § ultim. d. dol. except. l. 12. § ultim. quib. mod. pign. solvat.* quas pro diversa sententia proponit *Covarr. 1. variar. resol. 9.* Duplici autem obiectioni, quod actioni non natæ non præscribatur, & quod sine titulo & bona fide, præscriptioni locus non sit, satisfactum est suprà *disp. 1. de pignorib. th. ult. lit. H.*

De interruptione Praescriptionis.

Etenim usucapio l. 12. tabb. introducta est, sed præscriptio magis æquitate niti videtur, ita ut propter jus tempore quæsitum & longam possessionem, per exceptionem defendatur possessor, quæ cum in futurum vires suas non extendat, sed tempore litis contestatæ opponatur, & quod post eam accidit, in judicio non attendatur, non potest tempus post litem contest. decurrens prodesse possessori: idq; esse videtur, quod dicitur *in d. l. 10. C. de long. temp. præscr.* quod præscriptio post litem contest. in præteritum æstimetur. Et fuit tamen hæc distinctio in subtilitate magis quadam, quam in effectu posita: quoniam instituta rei vindicatione possessor victus cavere tenebatur, si forte post usucapionem impletam rei petitæ aliquod onus imposuisset *d. l. 18. & l. 20. in f. de rei vind.* Sed & porrò per litis contestationem præscriptionem interruptam fuisse intelligendum est, quoad personam petitoris, & in casu possessoris succumbentis: cæteroquin hoc absoluto omninò secus fuisse dicendum est: quoniam absurdum fuerit, forte per calumniosam aut aliâs non justam petitionem, jus aliquot annorum lapsu quæsitum, ad libidinem alterius tolli & auferri posse. Neq; obstant textus indefinitè loquentes *in d. l. 10. de acquir. possess. l. 2. & 10. Cod. de long. temp. præscript.* etenim hæc eò pertinent ut hactenus intelligamus interruptam præscriptionem, ne tempora, quæ post litem contestatam effluxerunt, petitore in judicio obtinẽte, ad eum removendum, prodesse queant possessori: ad quod textus elegans est *in l. pen. C. de rei vind.* ubi dicitur quod mora litis non instruant causam possessoris, ad inducendam præscriptionem, quæ post litem contestatam in præteritum æstimetur. Non obstat etiam, quod ita effectu & re ipsa, nulla futura sit differentia ex jure antiquo inter præscriptionem & usucapionem: siquidem etiam hac post litem contestatam impleta, res restituenda & insuper cautio præstanda erat *l. 17. 18. & 20. de rei vind.* Etenim respondetur, nihil absurdi esse, si in isto casu in rei veritate nullus sit effectus: idq; & ratio ipsa suadet, ne post litem contestatam deterior fiat conditio petitoris, nec quisquam trahendo moram in judicio, iniquam actori conditionem inferre possit: & est tamen nec levis hic effectus, ut res efficaciter & jure pignori dari, & servus etiam petitus manumitti possit *d. l. 18. de rei vind.* & hæc etiam est sententia *Donell. 5. comm.* 21. de qua, & de interruptione tum naturali tum civili tractatur infra *th. 7. lit. F. & seqq.*

THE-

THESIS II.

LIT. A.

Duæ ſunt partes huius th. de perſonis & rebus. Et uſucapere ſcilicet poſſunt, qui ſunt capaces acquirendi dominii: ex quo rectius hoc æſtimari videtur, quam ex poſſeſſione, quod præſertim hac poſita non protinus ponatur uſucapio, licet aliàs verum ſit, quod ſine poſſeſſione uſucapio non procedat: ex quo Tr. alieno loco (quoniam ad perſonas non pertinet) elicit, tantum præſcriptum, quantum poſſeſſum: & hinc porrò alienam quæſtionem annectit, de præſcripto iure paſcendi: neq; dubitari poteſt, quin vera ſit Treutl. ſententia, ſi ſub certo numero ovium præſcriptio ſit limitata, cæteroquin ſecus erit.

LIT. B. & ſeqq.

De patref. res certa eſt: nec minus de filiofa. in peculio caſtrenſi vel quaſi, itemq; in advẽtitio, etiã eo, cuius uſusfr. eſt penes patrem, ſiquidem ad filium dominium pertinet *l. 6. C. de bon. quæ liber.* & eo forte reſpexit Tr. dum ait maximè caſtrenſia à filiofa. uſucapi poſſe: niſi forte exprimere voluit, quod JCtus dixit *in l. 4. §. 1. h. t. filiusfam. & maximè miles in caſtris acquiſitum uſucapiet*: quibus verbis non intelligi debet hoc voluiſſe JCtus, quaſi etiam non miles, aliquid iure caſtrenſis peculii in caſtris acquirere poſſit, quod fuerit contra *l. 11. de caſtr. pec.* ſed vel opponit caſtrenſe peculium quaſi caſtrenſi, quod ad ſimilitudinem illius introductum fuit, vel potius opponit directo ex militia acquiſitum ei quod non directo quæritur, cuiuſmodi eſt hereditas, quæ obuenit ex teſtamento & inſtitutione commilitonis *l. 16. & 19. de caſtren. pecul.* Quæ de infante pupillo & furioſo proponit lit. D. & E. explicanda ſunt ex traditis diſp. præced. *th. 3. lit. A. th. lit. C.* quod hic proponit de domino per ſeruum ex cauſa peculiari vſurcapiente.

LIT. F.

Sequitur altera pars huius th. de rebus: & poſt transformationem & innouationem Iuſtin. qui præſcriprionis longæ, & vſucapionis iura confudit, recte indiſtincte dicitur, quod res mobi-

Res mobiles omnia[...] tra[...] scribun[...] 3.

les & immobiles usucapiantur: cæteroquin, ut dictum th. præced. jure veteri distinguebatur inter res mobiles & immobiles, & hæ fere tantum in Italico solo, illæ ubique usucapionis erant obiectū. Cui tamen, ut hoc addamus non leviter obstare videntur *l. 3. & l. rescriptis 9. de divers. præscript. l. 1. C. de serv. fugit.* ex quibus probatur, quod etiam in rebus mobilibus exceptio longi temporis & præscriptio diutinæ possessionis habeat locum; juncta *l. quemadmodum. 7. in f. Cod. de agric. & censit.* ubi præscriptio negatur possessori mancipiorum, propter malam fidem. Atquin si res mobiles annali spacio per usucapionem acquiri potuerunt, ut testatur *Iustin. in princ. Inst. h. t. & in l. un. C. de usucap. transform.* ineptus ille fuerit, qui longi temporis præscriptione se voluerit defendere, juxta *l. 2. Cod. in quib. caus. cess. long. temp. præscript.* ubi Impp. rescribunt, superfluè in negotio proprietatis servorum ad quæstionem longi temporis præscriptionis perveniri, cum usucapio locum habeat. Gloss. *in d. l. 3. de divers. præscript.* non parum se torquet, & videtur ea loca vel ad mancipia cum prædiis, vel ad mancipia glebæ adscripta restringere velle. Nihil habeo aliud quod dicam, nisi quod per textus citatos non excludatur usucapio, sed tantum concursus probetur usucapionis & longi temporis præscriptionis, quæ fortassis aliquando utilis & necessaria fuit, ubi aliquid ex solennitatibus, requisitis aut proprietatibus usucapionis defecit, & præter alia, ut infra dicemus, adiectio temporis, quæ in usucapione cessabat, in præscriptione locum habebat: idque confirmat præter *d. l. 2. C. in quib. caus. cessat &c.* ipsa, *l. 1. Cod. de serv. fugit.* ubi possessori fugitivi servi & usucapio & præscriptio longi temporis negatur.

LIT. G.

Imò & incorporales.] Hoc quoque est ex transmutatione & transfusione Justinianea, ut etiam res incorporales, veluti servitutes usucapi dicantur *l. ultim. in f. Cod. de præscript. long. temp.* Non rectè autem Treutl. hic ait, quod nomina debitorum sive debita usucapiantur: etenim res ipsa arguit, & sequentia apud Treutl. ostendunt, quod intelligat præscriptionem 30. annorum quæ ex constitutione Theodosii obstat creditori agenti: confusio autem Justinianea tantum pertinet ad præscriptionem longi temporis 10. &

20. an

20. annor. qua possessor dominum rem suam vindicantem removebat, perinde ac per usucapionem, quod scilicet in præscriptione etiam hac bona fides & titulus requirebatur, & possessor ita utendo rem suam faciebat: præscriptio autem 30. annor. nullo modo usucapio aut acquisitio alicuius rei dici potest, sed est illa mera & pura exceptio, qua creditori actionem competere amplius debitor negat: nec magis hæc exceptio aut præscriptio, ad usucapiones referri potest, quam v. c. exceptio anni aut biennii, quæ opponitur actioni iniuriarum aut doli.

Illa alia quæstio est, an præscriptione tali, ipso jure obligatio tollatur, de qua agitur infra disputat. 29. thes. ultim. & ex ea tamen dependet sequens licet hinc aliena tractatio, eaque non simplex, 1. quod debitor post talem præscriptionem sit similis ei qui satisfecit, 2. quod post eam etiam fideiussores sint liberati, licet renuntiaverit omnibus beneficiis: quoniam intelliguntur renuntiasse beneficiis fideiussoriis: hoc autem juris communis est, ut liberato reo etiam liberentur fideiussores: & ut maximè ipso jure reum liberatum negemus, exceptiones tamen in rem fideiussori prosunt *leg. 7. §. 1. de except.* non obstante quacunque renuntiatione generali, quæ intelligitur, durante obligatione principali, 3. quod si statuto contra instrumenta paratæ executionis, nulla admittatur exceptio, nisi solutionis, tamen admittatur exceptio præscriptionis: quod scilicet sublata obligatione instrumentum effectum suum operari non potest: ideoque non dubitem in aliis eius generis modis tollendæ obligationis, idem obtinere Totum tamen hoc limitat Treutler. nisi in debitore adsit mala fides positiva: ubi si intelligit simplicem scientiam debitoris, prius illud ferè destruere videtur: neque dubitem hoc sensu falsam esse hanc limitationem, quoniam præscriptione 30. annor. quæ præsertim caussatur ex sola negligentia creditoris, non opus est bona fide: & exemplum malæ fidei rectius petatur ex casu sequenti, si qui debuit maiores usuras, per certum tempus solverit minores sciens se maiores debere: quæ videtur esse sententia constitutionis Augusti *part. 2. c. 3.* ubi non admittitur præscriptio, si debitor solvens fuit in mala fide. Ea autem constitutio quæ ad hoc 30. annos requirit, quomodo etiam explicatur à Treutl. procul dubio non convenit

juri nostro, secundum quod debitor non præscriptione simplici, sed exceptione taciti pacti defenditur, quod creditor in minores, quas aliquanto tempore accepit, fingitur consensisse, idq; ipse Tr. statuit supra *disp.3.th.4 lit.C.* & probatur textu expresso *l.5.C.de usur.* neq; aliud in reditibus annuis statui debere ostensum est *dict. th.* 4. Ideo autem requiritur uniformis præstatio, quod si modo maiores iuxta conventionem modo minores usuræ fuerint solutæ, præscriptio aut conventio constans inde constitui & deduci non potest.

Servitutes quando praescribantur.

Nam & de jure communi.] Hoc male connectitur cum proximè præcedentibus: sed forte Tr. hoc coniungere voluit cum eo quod dicitur in th. *res incorporales usucapi posse*, & pro exemplo afferre servitutes. Diximus autem antea, duplicem fuisse causam, propter quam olim non erat usucapio servitutum: alteram in rusticis, quod non erat continua earum possessio *l.14.de servit.* alteram in urbanis, quod earum usucapionem nominatim inhibuerat L. scriboniæ *l.4.§.ult.h.t.* Ex quo necessario infertur, hac in re distinctionem inter servitutes olim fuisse, verbi causa, actum iter viam, & servitutem immittendi, protegendi, &c. & consequenter male improbari simpliciter earum distinctionem in continuas, & discontinuas: neque enim sufficit quod à Tr. allegatur, omnium continuam esse causam: vel quoniam hoc aut falsum aut non nisi æquivocè verum est, vel quia causa non potest inducere continuationem possessionis *per d.l.14. de servit.* Et tamen probanda non est sententia Dd. qui discontinuas servitutes immemoriali demum tempore præscribi existimant: quoniam ex ratione juris veteris discontinuitas illa possessionis sufficiens quidem fuit ad impediendam usucapionem, sed non ad impediendam longi temporis præscriptionem, de quo pluribus actum est supra *part.1.disp.17.th.8.* Ex his porrò infertur, non esse accuratam hanc propositionem Tr. *Nam & servitutes jure communi ad instar immobilium usucapiuntur.* Etenim hoc jure antiquissimo in urbanis tantum verum, post L. Scriboniam, in urbanis & rusticis falsum fuit, sed jure novo demum verum, quod usucapiantur ad instar immobilium: cùm ante Iustin. ad instar immobilium in provinciis longa quasi possessione per præscriptionem acquiri dicerentur.

THE-

THESIS III.

LIT. A.&B.

Videri possit initio non satis bona esse oppositio membrorum, *vitiosa præsidi data, commercio exempta*: quoniam & hæ, quo ad hunc effectum usucapiendi vitiosæ sunt. Quod inde ait, *furtivæ mobiles*, explicationis gratia dictum accipiendum est, quoniam iuxta receptam jure nostro sententiam immobilium rerum furtum non fit, ut ipse ait Tr. lit. B. Jus autem illud, quod prohibuit usucapi res furtivas, JCtus *in l. non solum 33. h.t.* & Justin. *in §. 2. Inst. eod.* referunt & ad *L. XII. tab. & ad L. Atiniam*, quarum utra antiquior fuerit non constat: Gellius sane 17. *c*. 7. hæc veteris L. Atiniæ verba refert *eius quod subreptum erit æterna autoritas esto*: cui etiam *in l. 4. §. 6. h.t. & in l. potestatis. 215. de V.S.* caput illud, ut re furtiva in potestatem domini reversa usucapio procedat, adscribitur.

Partus ancillæ.] Non debebat simpliciter dicere partum ancillæ, sed partum ancillæ furtivæ: de hoc enim, an & quomodo usucapi possit, ita controvertitur, ut inter ipsos JCtos ea de re constitisse non videatur: hinc præcipuè nata controversia, quod alii partum pro ancillæ parte habuerunt, alii non habuerunt. Casus autem triplex est. 1. quando ancilla prægnans surrepta, aut apud furem cum concepisset, apud eundem vel eius heredem peperit. 2. Quando peperit tantum apud bonæ fidei possessorem. 3. Quando & concepit & peperit apud bonæ fidei possessorem. Occurrunt hic totidem sententiæ ICtorum. 1. partum licet apud furem conceptum & editum apud bonæ fidei possessorem usucapi posse. 2. Conceptum apud furem & editum usucapi non posse, sed posse si apud bonæ fidei possessorem nascatur, licet apud furem conceptus fuerit. 3. Non nisi conceptum & editum apud bonæ fidei possessorem usucapi posse. Media & secunda sententia videtur fuisse Marcelli, cuius apud Ulp. *in l. si aliena. 10. h.t.* ex Scævola refertur opinio, quod existimaverit, partum conceptum & editum apud furem usucapi non posse: unde scilicet colligatur, putasse eum usucapi posse, si modo apud bonæ fidei possessorem editus fuisset: eò enim spectat reprehensio & dissensio Scævolæ, qui videtur probasse primam sententiam, quod partus etiam conceptus &

Partus ancillæ quomodo usucapi[?] scribas

editus apud furem usucapi possit: quandoquidem ita colligere videtur contra Marcell. quod si non potest usucap· qui est conceptus & editus apud furem, nec posset usucapi, qui saltem apud furem est conceptus, quoniam vitium iam contractum apud furem, ex eo quod alibi ancilla peperit, non purgatur: neque minus ubi partus apud furem tantum conceptus est, obstat ratio qua Marcell. usus fuisse videtur, quod partus sit ancillæ furtivæ pars, quod ex eo tempore portio matris eiusque viscerum fuisse videatur *l.* 1. §. *ex hoc de ventre inspic. juncta. l.* 3. §. *utique de suis & legit. hered.* ideoque ut hoc argumentum evitaret Scævola, *in dict. l.* 10. *hoc tit.* omninò negare videtur, quod partus sit habendus pro ancillæ furtivæ parte, quoniam ut vitium furti in fætum in utero transeat, nulla necessaria ratio suadere videtur. Et hæc quidem mihi sententia Scævolæ fuisse videtur: vix enim est ut existimari possit Scævola saltem ex hypothesi contra Marcelli sententiam disputasse. Illud autem *Donell.* 5. *comment.* 25. *in princ.* insubtilius est, quod saltem Scævola existimaverit aliquo casu usucapi posse partum, sed eum non expressisse, ex aliis adeò locis petendum. Tertia sententia est Ulpian. partum ancillæ furtivæ usucapi non posse, nisi & conceptus & edibus fuerit apud bonæ fidei possessorem *l. qui vas.* 48. §. *ancilla.* 5. *de furt. l. si ego* 11. §. 2. *de public. act.* eademque Juliani *in l. penult. de stat. homin.* quoniam partus hic tempore furti commissi aut contrectationis durantis nullo modo extitisse dici potest *l. si matrem. Cod. de usucap. pro emtor.* Neque hic obstat *l.* 4. §. *heres.* 15. *hoc tit.* quoniam ibi non ea ratione negatur usucapio partus, quod sit furtivus, sed quia heres in vitium defuncti succedit: velut in iisdem terminis responsum est *in dict. l.* 11. §. 2. *de public. act.* Non obstat etiam *dict. l.* 4. §. *de illo*, quoniam ibid. adiicitur ratio specialitatis, quod possessio ancillæ quam servus, qui eam pro libertate domino dat, vitiosè nactus est, domino noceat, ita ut partum etiam apud se conceptum usucapere non possit, ut ex sententia Sabini & Cassii scribit Paul. *in dict.* §. 16. licet aliud placuisse videatur *Iuliano in l.* 9. *pro emtore*, licet *Donell.* 5. *comment.* 25. locum illum ad eum casum restringat, quo servus iam manumissus ancillam furtivam dedit. Sed porrò obstat *dict. l.* 4. §. 16. ubi dicitur etiamsi non ipse servus sed alius pro libertate servi mei ancillam

fur-

furtivam mihi dederit, partum me non usucapturum, licet apud me conceptus & editus fuerit. Sed nimirum hoc necessario & argumento §. seq. ubi se hoc dixisse ait JCtus, accipiendum est de eo casu, quo antequam pareret ancilla furtivam eam esse cognovi, hoc enim casu usucapioni non esse locum in dict. §. 17. tradit Paul. eaque adeo limitatio addenda est ad supra propositam tertiam sententiam, quod ea tum demum procedat ubi partus & conceptus & editus est, antequam bonæ fidei possessor vitium furti cognovit. Ubi iterum occurritur *ex l. justo errore* 44. §. 2. *vers. veluti hoc tit.* ubi negat Papin. impediri usucapionem ex eo, quod possessor antequam ancilla pareret, eam alienam esse cognovit. Non videatur hic aliud responderi posse, quam quod *gloss. in dict. l.* 11. §. 2. *de public.* & probat *Donell.* 5. *comment.* 25. interesse an ancilla sit aliena furtiva, an aliena simpliciter non furtiva. Illo casu cessat usucapio si possessor resciscat esse matrem furtivam antequam pariat, quoniam dum adhuc in utero est partus, adhuc pars matris videatur: ideoque juxta dict. §. 18. non impeditur usucapio, si postquam enixa est, superveniat scientia. Hoc autem casu usucapio locum habet, quoniam ipsius matris usucapio procedit, quam mala fides superveniens non interrumpit: de quo casu accipienda est *dict. l.* 44. §. 2. *hoc tit.* sed de ancilla furtiva *dict. l.* 4. §. 18. *hoc tit.* quoniam de eâd. in §§. præced. tractatur. Sed hic iterum obiicitur Pompon. *in l. penult. pro suo*, qui usucapionem partus iam editi bona fide cæptam interpellari ait, si etiam post eius nativitatem possessor matrem furtivam esse intellexerit, nisi possessor aut ignoraverit cuius mancipium esset, aut si sciverit, domino denuntiaverit. Et sane ex textu illo perspicuo necessario limitatio addenda est ad sæpe *dict. l.* 4. §. *si antequam.* 18. *hoc titul.* Ratio autem Pomponii est, non quod deficiat bona fides, quoniam hoc usucapioni cæptæ non nocet, sed quod deficiat titulus, quem continuari & perseverare necesse est, & quod in nostro casu possessor non amplius pro suo, sed clam possidere incipiat. Cui non obstat *l.* 6. *in princip. de acquir. possess.* ubi dicitur eum qui bonum initium habuit, non propterea clam possidere videri, quod postea rem celaverit: etenim in specie *dict. l. pen. pro suo*, titulum plane deficere Pomponius respon-

der,

det: cuius hæc porrò ratio videtur, vel quod emtio rei furtivæ postquam de eo constat, nulla esse videatur, maximè quoad effectum usucapiendi: vel quia ut Donell. putat 5. *commen.* 25. *in f.* cum in specie ea partus apud bonæ fidei emtorem concepti, non partus, sed tantum ancilla emta sit, partus editus non nisi pro suo possideri potest, quem titulum cessare oportet, ubi scientia furti supervenit. Verum ex hac ratione sequeretur, quod etiam usucapio partus ex ancilla aliena non furtiva editi, superveniente scientia rei alienæ interrumperetur contra *d.l.*44.§.2.*h.t.* ad quam sane limitatio *d.l.pen.* quæ nominatim de ancilla furtiva loquitur contra regulas juris accommodari non potest, ut ita speciale quid propter vitium furti esse oporteat.

Quid juris in fœtu pecudum furtivarum

Controversia huic connexa est quam omisit Tr. quid juris sit in fætu pecudum furtivarum. Et respondet de his *Vlp. in l. qui vas* 48.§.*ancilla in f.de furt.* idem in pecudibus servandum esse & in fætu earum, quod in partu: quod responsum confirmatur *ex l. si aliena:* 10.§.2.*h.t.* ubi itidem in hac quæstione partus ancillæ cum fætu pecorum comparatur. Sed omninò huic sententiæ obstare videtur *l.bonæ fidei* 48.§.*ult.de acquir rer.dom.* ex quo loco *Cuiac.* 15.*obs.*20. *Donell.*5.*commen.*26. omninò probari putant, etiamsi prægnantes venerint oves furtivæ, fætum tamen esse bonæ fidei possessoris. Sed hoc quidem sequitur ex ea lectione quam Cuiac. probat, *si oves prægnantes venierint, quæ subreptæ fuerunt*: minimè autem sequitur ex lectione Florentia & Norica, quæ alternativè ita habet, *etiamsi prægnantes venierint vel subreptæ sint*: quæ disiunctio potius infert fætum ovium quæ prægnantes subreptæ fuerunt, bonæ fidei possessori non acquiri, sed tum demum si apud eum oves conceperint & pepererint. 2. objicitur quod ipse *Vlp. in d.l.*48.§.6.*de furt.* expresse separat partum ancillæ à fætu pecorum, & ex furtivis equis natos statim ad bonæ fidei emtorem pertinere tradit. Sed nimirum hactenus dispar ratio est partus & fætus, quod ille non est in fructu, & ideo de eius usucapione disputatur: hic autem est in fructu, ideoque quæritur, an statim acquiratur bonæ fidei possessori nec ne. Sed in eo *in* §.5.*d.l.*48. partum ancillæ & fætum pecoris comparari intelligendum est, quod sicut patrum ancillæ furtivæ non usucapit bonæ fidei possessor, nisi apud eum conceptus & editus sit: ita jure fructuum pecudum furtivarum fætum non acquiri bonæ fidei

dei possessori, nisi itidem apud ipsum conceptus & editus sit: secus si conceptus sit apud furem, vel v. c. ovis prægnans subrepta, quod ita fœtus furtivus factus, jure fructuum possessori acquiri non potest: & consequenter quod de fœtu equarum furtivarum dicitur *in d. l.* 48. §. *6.* accipiendum est de casu quo equæ apud ipsum possessorem conceperunt, quæ etiam explicatio prorsus nihil incommoditatis habet, 3. objicitur *l.* 4. §. *lana.* 19. *h. t.* Respondeo aliud esse in lana, aliud in agnis & quod de agnis dicitur rectè explicari de conceptis apud possessorem: aut si quis nolit hoc admittere, respondebo quod JCtus expressè agit de agnis consumtis: ex quo infertur, agnos ovium furtivarum non conceptos apud bonæ fidei possessorem, jure fructus ei non acquiri, quoniam alias agni hædi & vituli statim sunt bonæ fidei possessoris *l.* 28. *de usur.* nihil autem mirum est de consumtis ita responderi, quod alias consumtio faciat bonæ fidei possessorem, acquirere fructus quos non acquirit perceptione, veluti fructus naturales, de quibus alibi actum. Atque secundum hanc explicationem conservatur textus *in dict. l.* 4. §. 19. quem destruit Donell. dum verba, *si consumti sint,* supervacanea esse existimat: quod minimè probabile est, cum præsertim sint posita per modum conditionis. Male igitur *in d. l.* 48. §. 5. *inf. Cuiac.* 15. *observ.* 20. *& Donell.* 5. *comment.* 25. legi volunt, *Non idem:* malè *Connan.* 3. *comment.* 15. *num.* 3. eundem vers. per modum interrogationis legendum esse putat: quod contortum est & coactum, & à perspicuitate Ulpiani alienum.

Circa hanc tractationem, de inhibita usucapione rerum furtivarum, illud quoque agitatur, an res quam quis pignori tradidit, & ipse subripuit, usucapi possit: etenim ratione possessionis quæ intervertitur creditori, furtum committi, & rem furtivam fieri, docent §. *unde constat.* 14. *Institut. de obliga. & d. l. ult. de usucap. al. pro soluto.* Duplex autem hic occurrit controversia & pugna. 1. quod *in l.* 4. §. *si rem.* 21. *hoc tit. & in l.* 5. *pro empt.* dicitur, rem istam subreptam à debitore, & ab eodem distractam, usucapi posse, &, juxta *d. l.* 5. utiliter cedere tempora usucapionis: & id tamen non obscurè negatur *in l.* 6. *Cod. de usucap. pro emt.* Deinde, ut res ista possit usucapi: requiritur ut redierit in potestatem creditoris *l. ultim. hoc titul.* cuius tamen nulla mentio *in d.* An pignus à debitore surreptum usucapi possit.

tamen nulla mentio *in d. l. 4. §. 25. h. t. & in d. l. 5. pro empt.* quin im ò contrarium responsum videtur *in l. 4. §. quod autem 6. hoc tit.* Quod ad prius attinet, distinguit Accur. an debitor fuerit dominus nec ne? Quod prorsus divinatorium est, & à mente J.Ctorum alienum: cũ & aliâs in dubio præsumi debeat rem fuisse debitoris, quod rei alienæ pignus non consistat: nec quid quam ad rem hanc expediendam distinctio ista vel ideo facere potest, quod quæritur an res pro furtiva habeatur nec ne? ad eum effectum, ut à possessore aliquo usucapi vel non, possit, quod in re furtiva ita ius est, ut nulla sit usucapio, licet per centum manus ambulaverit. Insubtilius illi, qui *dict. l. 4 §. 21 h. tit. & l. 5. pro empt.* restringunt ad casum, quo res reversa est in potestatem creditoris, de quo nec dupondius dubitaverit. Nec subtilius iidem, dum distinguunt inter usucapionem, quæ currat adversus creditorem, vel alium, & præscriptionem 30. aut 40. annorum in medium afferunt: etenim quæritur hic indefinite an res usucapi possit, neq; tractatur de actione hypothecaria, quæ dominio acquisito non impeditur *l. 1. §. 2. de pignor.* Fere est, ut existimem rationem decisionis *in l. 4. §. 21. h. t. & in l. 5. pro emtore* pendere à mera quadam subtilitate juris civilis, & ideo rem pignoratam à debitore subreptam & ab eod. distractam usucapi posse, quod uno eodemque puncto & momento res furtiva facta, & in domini qui ipse furtum fecit, potestatem rediisse, & ita vitium purgatum esse videtur. Quamvis enim, præcipuè ratione possessionis furtum à debitore fieri videatur, nihilominus tamen tota res furtiva facta est sicut & iis casibus, quibus non domino, sed aliis quorum interest, subrepta fuit iuxta *§. furti autem 3. cum seqq. Inst. de Obliga. ex delicto*, qua de causa ut vitium purgetur res creditori subrepta in domini debitoris potestatem reverti debet *leg. 4. §. 6. hoc titul.* Hæc autem ratio cessat *in l. 6. Cod. de usucap. pro emtor.* in cuius specie per ipsam distractionem rei pignori obligatæ committitur furtum *l. si is qui 66. in princ. de furt.* cuius vitii ita contracti nulla est purgatio. Et hoc videtur animadvertisse Cuiac. dum distinguit inter pignus & hypothecam, & de hac accipit *d l. 6.* Errat enim *Donell. 5. comment. 28. inf.* ubi in specie *d. l. 6.* rem ab alio subreptam & à debitore distractam proponit: tum quia nihil apparet, quomodo à fure ad debitorem pervenerit, tum quia ita falsum esset quod rescribit Imperator, non posse eam rem usucapi, si quidem hoc modo

do

hoc modo purgatum esset vitium furti per *dict. l. 4. §. 6. hoc tit.*

Quod ad posterius attinet, non leviter obstat *l. ultim. hoc tit.* ubi in specie iam proposita requiritur, ut res redeat in potestatem creditoris, & consequenter non poterit ante usucapi. Nihil habeo aliud quod respondeam, nisi, quod hoc à Paul. non requiratur, sed tantum ab eo exceptionem proponi ad regulam, qua furtivæ rei vitium purgari negatur, nisi res in potestatem domini revertatur. Non autem negat Paul. quin etiam per reversionem in potestatem debitoris vitium purgari possit, ne aliâs sibi ipsi contradicat *in dict. l. 4. §. si rem 21. h. tit.* Et ita sane est, ut si debitor rem distraxerit, eaque postea ad creditorem reversa sit, vitium purgatum dicatur. Nihil autem huc pertinet *l. 4. §. 6. h. tit.* ubi alius non debitor subripuit rem creditori.

Quod jure Saxon. secus.] Non intelligo quid sibi velit: quoniam Reinhardus *part. 1. differ. 14.* hoc solum tradit, quod jure civili emtor rei furtivæ teneatur restituere rem non refuso pretio, quoniam scilicet ius domini vindicantis potius & potentius est: & si contraria sententia obtinet jure Saxon. merito dubitatur an casu contingente ea debeat obtinere: verum hoc ad quæstionem præmissam de partu ancillæ furtivæ nihil omnino pertinere apertissimum est.

LIT. C.

Vi possessa.] Res vi possessa hic dicitur, de qua possessorem quis deiecit, & eam per vim occupavit *l. 1. §. vi possidere 28. unde vi.* Et ergo 1. usucapi res potest quam quis vacantem occupavit. *§. quod autem. Institut. hoc tit.* licet postea dominum venientem non admiserit *l. 4. §. pen. h. tit.* licet Justin. etiam hic ubi quis rem vacantem occupavit interdictum unde vi, concessisse videatur *in l. ult. C. unde vi*, de quo agitur infra *disput. 25. thes. 5.* utique ea constitutio producenda non est ad hunc effectum, ut res usucapi nequeat. 2. usucapi res potest, à qua aliquis tantum vi deiectus, sed ea à deiiciente occupata non fuit iuxta *l. 4. §. si tu me 22. l. non solum 33. §. si dominus 2. h. t.* ex quibus textibus probatur, non sufficere adhunc effectum vi deiectum quem esse, sed requiri ut sit vi possessum, ideoq; aliquibus casibus, licet competat interdictum unde vi, rem tamen usucapi posse.

LIT. D.

Res præsidi data.] De rebus præsidi, sive proconsuli aut prætori contra L. Juliam datis, quod earum non si usucapio, textus sunt *in l. bonæ 48. inf. pr. d. adq. rer. dom. l. pen. ad L. Iul. repet.* subjicit autem Tr. communem limitationem ad hæc tria membra, rerum furtivarum, vi possessarum, & contra L. Juliam datarum; *nisi vitium sit purgatum, & res in domini potestatem fuerit reversa.* Ubi tamen, verbum, *domini*, laxius aut abusive potius est accipiendum, quoniam trium illorum membrorum eadem ratio non est. Et res furtiva quidem debet reverti in potestatem domini *l. 4. §. quod autem C. h. t.* junctis iis quæ paulo ante dicta sunt. Res vi possessa, in potestatem eius qui dejectus fuit, ut maxime dominus non fuerit, Res deniq; præsidi data, in potestatem eius, qui dedit *l. pen. ad l. Iul. repet. §. aliquando 3. Inst. h. t. d. l. 4. §. 6. h. t.* Nihil autem interest, an in potestatem harum personarum res pervenerit, an alio modo illis satis factum sit, *arg. l. 4. § sed et si 13. l. si fur. 32. in pr. h. t.* Possit exceptio etiam hæc *nisi vitium purgatum sit*, videri insubtilior: v. c. Regula est: Furtivam rem usucapi non posse. Exceptio: nisi vitium rei sit purgatum: id est, in effectu, nisi res non sit amplius furtiva atque ita exceptio de regula non erit. Sed puto, quod lex, quæ æternam v. c. rei furtivæ autoritatem esse, eamque nullo tempore usucapi voluit, cautionis cuiusdam loco hoc adiecerit, ne quis existimaret, vitium semel contractum nulla ratione purgari posse.

LIT. E. & F.

Tres classes rerum hac th. facit Tr. primam earum quæ propter delictum admissum vitium contraxerunt, veluti furtum, violentiam & concussionem, quæ præsumitur in magistratu qui aliquid accepit. Alteram earum, quæ sunt extra commercium, veluti res divini juris, liber homo &c. quarum enim rerum non est dominium, earum nec usucapio esse potest.

LIT. G.

Pupillares.] Sub tertiam classem refert Tr. varias res ab usucapione exemptas, & 1. pupillares. Et est hoc generale, ut contra pupillum non currat præscriptio *l. 3. C. quib. non objicit long. temp. &c.* nec tricen-

tricennalis quidem *l.3. C.de præscript.30.annor.* unde *in l.* 10.*quemadm. servit. amittant.* negatur quod pupillus non usu amittat servitutes: & in specie res pupilli longi temporis spatio acquiri non posse dicitur *in l.bonæ.*48.*in f.pr.de acquir. rer.dom.* Sed in contrarium quod pupilli res usucapi possint, faciunt *l. etiam ei.* 45.*de minor.* ubi contra eum qui in utero est usucapio dicitur currere *l.* 2. *§.si à pupillo* 15. *& l.* 7.*§.3.pro emtore l.apud celsum.*4.*§.si quis* 24.*de excep.dol.l.*4.*§.si pupilli.*11. *h.t.ubi Cuiac.in d.l.*4.*§.*24. vult legi, *nec usucapta arg.l.*2.*de eo qui pro tutore*, quod tamen improbat rectè *Robert.*1. *recept.lect.*7. quin & quod *d.§.*24. secundum lectionem Cuiac. ponitur casus rei non usucaptæ, arguere videtur, etiam usucaptæ rei casum dari posse: maximè cum ibi proponatur casus rei alienatæ à non tutore, ut proinde ubi à vero tutore res alienata fuit, usucapioni locus esse debeat. Et sane quicquid rectè vendi, & ex titulo tali accipi potest, illud etiam usucapi posse rationis est: atquin rem pupilli rectè vendi posse textus iam citati probant, juncta *l.si res* 49.*de minor.* Ad hæc expedienda duplex responsio refertur & distinctio ab Accursio *in d.l.*48.*in pr. de acquir.rer.dom.* qua utraq; utitur *Cuiac.in d.l.*4.*§.*11.*h.t. & lib.*24. *obs.*14. & 1. inter rem quæ sit in dominio pupilli, & quæ bona fide saltem fuerit ab ipso possessa. 2. inter rem mobilem & immobilem. Videantur fortassis rectius distingui tres casus, quod vel alienatur res pupilli à tertio quodam qui eam possidet, vel à pupillo sine tutoris autoritate, vel cum tutoris autoritate. Ad primum casum præcipuè pertinere videtur, quod res pupillaris usucapi posse negatur, ita ut pupillo rem vindicanti non obstet exceptio. Secundo casu aut quęritur de illo ipso, qui rem à pupillo emit, & hic ideo usucapere non potest, quia titulum non habet, cum contractus sit ipso jure nullus: aut de tertio qui rem postea bona fide accepit, & hic ob eand. causam, quod res pupillaris est, usucapio cessabit. Tertio casu quo vel pupillus cum tutore, vel ipse tutor nomine pupilli bona fide rem vendit, aut venditio est nulla, propter qualitatem rei, quæ requirit decretum, & idem erit quod in casu priori: aut venditio fuit valida, quod vel decretum intercessit, vel aliâs res alienari potuit sine decreto juxta *l.*22.*C.de administrat.tutor.* & hic nihil impediet, quominus res illa, si forte à non domino bona fide accipiatur usucapi possit: cum nec quicquam hic intersit pupilli, qui si per contractum læsus est, restitutione in integrum uti potest *d.l.*49. *de min.*

Contra pupillos enim.] Proponit hoc Tr. per modum ampliationis, quod contra pupillum nec incipiat præſcriptio, nec contra defunctum cœpta continuetur. Et tamen dum quærimus an res pupilli uſucapi poſſit, non tantum de uſucapione vel præſcriptione contra pupillum alleganda tractamus, ſed perinde ut de re furtiva aut vi poſſeſſa, an in univerſum res pupillaris ſit obiectum uſucapionis. Male autem pro diſſentiente citatur *Robert. lib.* 1. *animadverſ.* 24. ubi ſicut & *lib.* 1. *recept. lect.* 7. nihil aliud tractat, niſi ut lectionem vulgatam *in l.* 4. §. 24. *de doli exceptione* tolerari poſſe contendat: cæterum quæſtionem an res pupilli uſucapi poſſit ſub diſtinctione decidendam eſſe obiter addit. Ei autem, quod contra pupillum nec incipiat nec continuetur præſcriptio, non obſtat *l.* 8. *C. de non numer. pecun.* ubi etiam pupillus heres ſolvere compellitur: etenim reſpondeo, non, quod ibi ſit ſpeciale in illa exceptionis ſpecie, quæ ceſſat poſt biennium propter præſumtionem numerationis ex confeſſione propria ortam: ſed quod ibi tota præſcriptio completa erat contra defunctum, quod ipſa verba L. perſpicuè oſtendunt.

LIT. H.

Res minorum.

Minorum.] Præſcriptiones, ſeu potius uſucapiones, contra minores olim cucurriſſe, probat *l. un. C. ſi adverſ. uſuc.* præſcriptiones in ſpecie dictas non cucurriſſe docet *l.* 3. *Cod. quib. non obiic. long. tem.* Juſtin. nec has nec illas minori currere voluit *l. ult. Cod. in quib. cauſ. in int. reſt.* atque ita ferè minores pupillis exæquavit duobus exceptis, quæ hic proponit Treutl. 1. quod contra pupillum nec currit præſcriptio 30. annorum *l.* 3. *Cod. de præſcript.* 30. *annor.* quæ currit contra minorem *d. l. ultim. Cod. in quib. cauſ. in int. rect.* 2. quod contra pupillum nec contra alium & in perſona alterius cœpta præſcriptio currat, ſed omnimodo cœpta currit ipſo jure & continuatur contra minorem: ita tamen, quod addendum eſt, ut ei detur reſtitutio. Sed contra prius illud, quod nec continuetur contra pupillum cœpta præſcriptio, obiici poteſt. 1. quod ex perſona heredis non debeat mutari jus poſſeſſoris. Reſpond. ſpecialiter hoc jus & privilegium datum eſſe pupillis: & in effectu idem eſt in minore qui reſtituitur. 2. quod licet etiam dotales res non poſſint uſucapi, aliud tamen ſit uſucapione ante cœpta. Reſp. plus hic eſſe datum pupillis, quam mulieri in re dotali. 3. obiicitur

citur *l. 3. §. ultim. ex quib. cauſ. in poſſeſſ.* ubi miſſio fit in poſſeſſionem rerum hereditariarum, etiamſi pupillus ſit heres. Reſp. nihil id huc pertinere, quod fit autoritate magiſtratus ad executionem iuſtitiæ, quæ creditoribus hereditariis non debet nec poteſt negari, qua de re agitur infra diſp. 24.

Contra poſterius, quod quæcunque præſcriptio antea cæpta, currat & continuetur contra minorem, obiicitur *l. 3. C. quib. non obiicit. long. temp. &c. & l ult. Cod. in quib. cauſ. reſtit. in integr. &c.* quæ loca ſane difficile eſt reſtringere ad caſum præſcriptionis cæptæ contra minorem, tum propter generalitatem *d. l. ult.* tum quod *in d. l. 3.* indefinitè dicitur, tempus quod in minori ætate tranſmiſſum eſt, non imputari in longi temporis præſcriptionem: & hoc adeo fortaſſis contra Tr. indefinitè & indiſtinctè defendi poterit, tempus illud, quo quis minor fuit, eximi ex præſcriptione, perinde atq; alter tanto tempore minus poſſederit. Et quoniam tempus non imputari dicitur non poteſt *d. l. 3.* ita explicari, quaſi contra præſcriptionem completam detur reſtitutio, maximè poſt *dict. l. ult. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit.* Et cum idem Juſtin. jura uſucapionis & præſcriptionis longi temporis confuderit, differentia quæ olim erat inter præſcriptiones, & uſucapiones *l. un. C. ſi adverſ. uſucap.* merito ſublata videri debet, ſiquidem *in d. l. ult.* præſcriptiones quæ olim ipſo jure contra minorem currebant, amplius currere non vult Juſtin. ſed minorem ipſo jure ſecurum eſſe. Pleriſque autem hic obſtare videtur, quod *in l. etiam ei 45. de minoribus* dicitur, uſucapionem etiam adverſus eum currere, qui in utero eſt. Sed nimirum & hic adhiberi diſtinctio inter uſucapionem & præſcriptionem: & amplius reſponderi hoc poteſt, quod cum non conſtet, an partus certò ſit naſciturus, non etiam viſum fuiſſe inhibendam uſucapionem. Verum & ad huius & ad præmiſſorum pleniorem explicationem, operæ pretium eſſe videtur, excutere hic & examinare propoſitiones, quas ex Dd. proponit *Balb. de præſcript. part. 6. principali. part. 1. num. 29. & ſeqq* quarum prima principalis eſt, & hinc tamen paulo alienior, de præſcriptione conventionali, eſtque bimembris: quoniam præſcriptio provenit & originem ſumit vel ex contractu defuncti, cui ſucceſſit pupillus, vel ex contractu ipſius pupilli ſive minoris. Priori caſu præſcriptio currit contra heredem licet pupillum, quoniam ex perſona ſucceſſoris obligatio mutuo contrahen

trahentium consensu constituta, mutari non debet *l.* 2. §. 2. *de V.O.* Huius rei exemplum extat *in l. Æmilius* 38. *de minor.* ubi non soluta pecunia ab herede pupilla juxta conventionem commissoriam, sub qua defuncto venditus fundus erat, fundum tanquam inemptum factum, fuisse alteri distractum proponitur: quod adeo secundum Dd. referente Baldo obtinet, ut nec per beneficium restitutionis pupillo heredi succurratur. Idq; convenit sententiæ Pauli *in d. l.* 38. ubi cum pupilla in integrum restitui desiderasset, & bis victa ad. Imp. provocasset, Paulus ait se putasse, bene fuisse judicatum, quoniam defunctus non ipsa pupilla contraxerat: & ut ex Dd. ratiocinatur Balb. quemadmodum contra contractum à defuncto celebratum & perfectum, non datur restitutio minori vel pupillo heredi, ita nec contra lapsum temporis & termini sub & cum quo defunctus contraxit. Veruntamen hæc conclusio & Pauli & Dd. in terminis *d. l.* 38. *de minor.* perspicuè satis claudicare videtur: quoniam cum fatentibus Dd. restitutio detur pupillis vel minoribus heredibus, si ex contractu defuncti aliquid cum ipsis agatur *ex d. l.* 38. *de minor.* ibi, *denuntiationibus sæpe datis*, parum interesse videtur ad jus restitutionis impetrandæ, an aliquid cum illis agatur, an verò ex contractu defuncti aliquid ipsis agendum incumbat, propter cuius omissionem si damnum senserint, meritò restitutionem in integrum impetrare debent: quod accidit in specie *d. l.* 38. in qua tempus solvendi residuum pecuniæ ex contractu cum defuncto celebrato debitæ, incidit post mortem debitoris in tempus ætatis pupillaris. Et hæc omninò fuit sententia Imperatoris optima hac ratione pro pupilla pronunciantis, quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eaque effecisset, ne pareretur L. venditionis: ut ita textus iste opinionem Balbi & Dd. pro qua male adducitur, ipse evertat. Et tanto magis falsa erit Dd. sententia & ampliatio ibid. à Balb. tradita, quod non detur restitutio pupillis aut minoribus heredibus, etiamsi præscriptio non fuerit inchoata contra defunctum, sed ex contractu defuncti inceperit contra pupillum vel minorem: Quæ ampliatio minime probatur *ex l. ea quæ pen. C. de resti. militū*, in qua repellitur petitio militis, qui propter hoc solum quod miles erat, contra contractum à patre suo gestum, & procul dubio etiam perfectum & completum, volebat restitui. Cæterum ipsi Dd. sententiam suam, qua ita conventionales præscriptio-

ptiones, ut ne quidem restitutio detur, contra pupillum & minorem currere statuunt, re ipsa & effectu destruunt, dum ex alia causa restitutionem concedunt: videlicet ex causa & capite ignorantiæ, quæ iusta est in successore & hærede, ita enim ex Dd. *Balb. d.p.6.punct.post.l.n.32.vers.primò limita.* quam opinionem de concedenda restitutione ex solo capite ignorantiæ, falsam esse probavimus *sup.p.1.disp.XI.th.*17. Addendum hic est, quod etiam præscriptiones, quæ oriuntur ex voluntate defuncti, ipso iure currunt contra minorem, sed restitutione salva, cujusmodi casus est in *l.*3.§. *& si heres.*8. *de minoribus.* quo ipso confirmatur contra Dd. quod etiam contra præscriptionem conuentionalem, quæ incidit in ætatem minorennem, restitutio debeat concedi. Posterius membrum primæ huius propositionis, non habet difficultatem: quod præscriptio conventionalis ex minoris contractu cœpta, currat, sed restitutio detur.

Altera principalis propositio sive conclusio Balbi *dict. loco n.*33.*est*, quod præscriptio legalis inchoata contra defunctum, currat contra hæredem cuiuscunque ætatis, etiam pupillum, ut tamen restitutio detur: in eoque lapsus est Tr. qui lit. G. citat Balb. tanquam affirmantem, quod nec cœpta contra alium præscriptio adversus pupillum continuetur: quia imò ille d.num.33. contrarium statuit, & nu.34. pro regula tradit: quod omnis præscriptio cœpta contra defunctum, continuetur ipso jure contra pupillum, excepta sola tricennali, quæ tanquam odiosa dormiat in persona pupilli, juxta *l.*3 *C.de præscrip.*30.*ann.* Citatus à Tr. *Mynsing. resp.*11.*n.*28. confusè agit, & tamen se remittit *ad gl. l.un.C.si advers.usucap.* quæ pariter ut Balbus indistinctè affirmat, quod præscriptio cœpta cōtra defunctum, continuetur contra quemcunq; hæredem minorem, excepta tricennali, quæ odio sui in persona pupilli dormiat. Sed quicquid illi sentiant, malim cum Treut. *& Wesembec. in paratit. nu.*14. licet hic quoque male pro hic se citet Balb. statuere quod omnis præscriptio in persona pupilli dormiat: pró qua sententia *ex l.*3.*C.de præscript* 30.*annorum.* (ex qua omnes admittunt, præscriptionem 30. annorum non continuari contra pupillum) rectè ducitur argumentum à maiori ad minus: quod si hæc non continuatur, multò minus continuabuntur aliæ minoris temporis. Etenim licet in usucapione sit factum possidentis, concurrente

titulo & bona fide, & tricennalis præscriptio fere in negligentia sola actoris fundetur, tamen si tempus longissimum conferatur cum brevissimo tempore, vel uti ex ratione juris veteris anno vel biennio, nemo non animaduertat, recte hoc argumentum duci à maiori ad minus: sed & præscriptio 30. annorum non tantum contra personales, sed etiam contra reales actiones opponitur: & hic non tantum de usucapione, sed quacunque temporis præscriptione tractatur. Quin imo cum Justin. in *pr. Inst. h. t. & in l. vn. C. de usucap. transform.* usucapiones juris antiqui, propter brevitatem temporis improbet, & odiosas habeat, consequens est, quo diutius præscriptiones durant & protrahuntur, eo minus odiosas videri debere. Sed & neq; Theodos. principaliter *in l. 3. C. d. præscript. 30. annorum*, odium aut favorem respexisse videtur, quam potius omne jus agendi certo tempore concludere voluit, ut tandem aliquis esset terminus actionum, boni publici causa *arg. l. 1. h. t.* quo fine non attento cum exceperit ætatem pupillarem, multo magis exceptio ea in aliis brevioribus præscriptionibus locum reperire debet, quæ propter brevitatem temporis odiosæ potius, contra quam male putant Dd. quam favorabiles sunt. Accedit huc quod *Iustin. in l. ult. C. in quib. caus. in integr. restit.* prohibens currere præscriptiones temporales, in suo statu conservat præscriptionem tricennalem, nunquam hoc facturus, si eam pro odiosa habuisset. Facit deniq; quod in *l. bonæ fidei 48. in f. pr. d. acquir. rer. dom.* res pupillaris usucapi negatur: quod si enim hoc privilegium est rei, propter hoc solum quod pupilli est, sequitur nullo modo contra personā pupilli usucapionē posse prætendi, & tanto minus præscriptionem in specie dictam. Neq; obstabit *l. un. C. si advers. usucap.* quæ propter d. l. 48. ad minores in specie dictos restringi debet: licet inter usucapionem, quæ ex l. 12. tabb. erat, & præscriptionem ex ratione juris antiqui distingui possit. Vix autem captare quis possit verba d. l. 48. *longo tempore capi*: vel quia illa à Tribon. post transformatam usucapionem substituta videri possunt: vel potius, quoniam res vi possessæ præsidi contra legem datæ, in quibus & rebus pupilli idem jus statuitur, usucapi non possunt. Hæc de pupillo.

De minore paulo ante diximus, posse defendi contra sententiā Dd. & Balb. quod præscriptiones nec cæptæ continuentur contra minorem per textus generales *in l. 3, C. quib. non obiicit. long. tempor. l. ult.*

C. in

C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. quæ quod olim particulare erat in quibuſdam præſcriptionibus, fecit generale: quod confirmatur generali ratione & deciſione Juſtin. qui minores quib. caſibus olim cõtra præſcriptiones reſtitutione opus habebant, ipſo jure vult eſſe ſecuros: & ita propter generalitatem textus, poſt cõfuſa uſucapionis & præſcriptionis jura, non abſurde dicemus ſublatã eſſe *d. l. un. C. de uſucap.* Illud conſtat, ſi ponamus currere præſcriptiones contra minorem, per reſtitutionis beneficium iis ſuccurri: quod etiam in præſcriptione 30. annorum admittunt Dd. *Balb. ſæpe d. loc. Vult. lib. 1. Iuriſpr. c. 71. n. 53.* & alii citati ſupra *part. 1. diſput. 11. th. 12. lit. A. in fin.* Quæ itidem ſententia mihi falſa videtur 1. quod Imperator in *d. l. 3. C. de præſcript. 30. annor.* non ſimplicem curſum temporis, ſed effectum rei & veram excluſionem actionis reſpexerit. 2. Per textum optimum *in l. ult. C. in quibus cauſ. in integr. reſtit.* ubi Juſtin. pro regula ponit, non currere amplius præſcriptionem contra minores, quibus caſibus ante eum reſtitutione opus erat: & ergo ubi contra minorẽ ex ſentẽtia Juſtin. currit tempus, non dabitur reſtitutio: currit autem præſcriptio 30. annorũ, quam nominatim excipit Juſtin. *in d. l. ult.* neque vero eam excepiſſet, ſi eam non ob eſſe minori voluiſſet, ſed potius hic quoq; ne ipſo jure curreret, conſtituiſſet: adde huc not. *p. 1. diſput. 11. th. 12. & th. 17.* in quæſt. *an ex cauſa ignorantiæ detur reſtitutio.*

Tertia concluſio ſive propoſitio Balbi eſt de præſcriptione legali, quæ cæpit contra ipſum pupillũ vel minorem, Et in pupillo ſimpliciter affirmandũ eſt, quod præſcriptio non currat. In minore *d. diſp.* XI. *p. 1. th. 12.* ex ratione juris veteris diſtinguendum diximus (de qua etiã diſtinctione v. plurib. Balb.) inter ſpecies præſcriptionũ: jurea. novo poſt *l. ult. C. In quib. cauſ. in integ. reſt.* excepta tricennali, nulla præſcriptio contra minorem currit. Sed de his ſatis: plura videri poſſunt apud Balb. & ab eo citatos, & *ſup. p. 1. d. diſp. XI. th. 12. lit. A.*

LIT. I.

Res meræ facultatis.] Negat has poſſe uſucapi, vel potius præſcribi. ſubjecta tñ hac limitatione, niſi is q merã hẽt facultatẽ, ꝓhibitioni alterius acquieverit. Qua limitatione ſẽtẽtiã priorẽ deſtruere videtur: qm̃ hęc q̃ſtio pertinet ad ꝑſcriptionẽ in ſpecie dictã, an videlicet quis iure aliquo ꝙ hẽt ꝑꝑ alterius prohibitionem privari poſ-

Res meræ facultatis an præscribatur. &c.

sit & ponendi sunt termini habiles, sine quibus nulla præscriptio est: & generale hoc est, ut qui jus sibi aliquod usurpat, aliique id competere negat, per actus possessorios & prohibitorios id consequi necesse habeat: & cum dicimus præscriptioni locum non esse in rebus meræ facultatis, simul hoc dicere videmur, contrariam prohibitionem nullius esse momenti: & ita accipienda est *l. 2. de via publ. & itin.* ut non tantum non usus non noceat, sed nec prohibitio contraria efficiat, ut quis à jure eundi per viam publicam excludatur. Triplici autem distinctione hæc res expediri, aut declarari potius posse videtur. 1. An constet tale jus esse, quod dicitur meræ facultatis, an esse negetur: veluti si quis non viam publicam, sed locum privatum esse contendat, præscriptioni locus erit, nisi quid intersit Reipublicæ, sed quæstio ita concepta huc non pertinet. 2. Interest an præscribere velit privatus, an verò princeps vel Respubl. in quibus terminis propter jus territorii facilius præscriptio habebit locum. 3. Distinguendum videtur inter acquisitionem absolutam, quæ jus plenum dominis tribuat, & temporariam, quæ tantum tribuat possessionem, & jus interim prohibendi: quomodo ius piscandi in flumine publico in certo loco acquiri potest, ita ut alterum prohibere liceat, ut tamen illo ex possessione digresso in pristinam res redeat libertatem: quomodo à Dd. conciliari solent, *l. si quisquam, 7. de divers. præscript. & l. præscriptio. 45. in pr. h. t.*

Quomodo juri reluendi præscribatur.

Sic iuri reluendi.] Ex eo, quod rebus meræ facultatis non præscribatur infert Tr. quod juri reluendi pignoris & pacto de retrovendendo, vel potius iuri & actioni ex pacto illo quæsito & nascenti ne quidem 30. annis præscribatur. Parum accuratè; quoniam propositio præmissa de rebus meræ facultatis, non ad certam & certi temporis præscriptionem limitata, sed indefinita est: neq; possis Tr. sententiam & propositionem illam restringere ad usucapionem, quoniam in hac ipsa quæstione de jure luendi pignoris, & rem venditam revocandi, non de usucapione, sed de præscriptione tractatur. Est autem talis Tr. collectio: rebus meræ facultatis non præscribitur: atquin ius luendi pignoris, & rem venditam repetendi est meræ facultatis: ergo, &c. In hoc argumento aut minor falsa est, aut perspicuè committitur fallacia homonymiæ; in phrasi, *esse meræ facultatis:* quod si definimus illud esse,

quod

quod in cuiusvis libera voluntate & arbitrio positum est, jam omnis actio & persecutio meræ facultatis futura est. Sed nimirum in actione duo sunt, ipsum agendi factum, vel ius agendi de facto, & ius agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, illi nunquam præscribi potest, sed huic potest, & hactenus minimè jus hoc meræ facultatis appellandum est, quoad hunc effectum: sed nudum intendendi factum, vel quod citra ullam obligationẽ, & conventionem iure naturę vel gent. cuiuscunq; arbitrio libero permissum est, cuiusmodi ius actio pignoratitia vel ex vendito nec esse nec dici potest. Ex quibus apparet vitiosam esse hanc Tr. *Geil. 2. obs.* 18. & aliorum illationem: & ex adverso rectius sentire, qui jura hæc sub iis quæ juxta *l.3. & 4. C. de præscript.* 30. *annor.* præscriptione triginta vel ad summum 40. annorum excluduntur, contineri existimant, & ex eorum numero *Wesembec. cons. 2. num.* 94. *Covarr. 1. variar. resolut. c. 9. num.* 2. pro qua sententia hoc quoque facit, quod constat post 30. annos à creditore debitum peti non posse: ut utique ultra 40. annos actio pignoratitia porrigi nequeat, cum nec hypothecaria creditori ultra 40. annos contra debitorem eiusve heredem concedatur *l. 7. C. de præscript.* 30. *annor.* quanquam alibi monuimus, quod constitutio illa parum rationabilis videatur. Frustra autem obiicit *Cuiac. in l. 13. hoc titul. & in paratitl. C. de præscript.* 30. *annor.* cum possessio creditoris ad usucapionem prosit debitori, absurdum esse præscriptionem creditoris nocere posse debitori, quo minus pignoratitia experiri possit: etenim non per usucapionem defendi dicimus creditorem, sed communi temporis exceptione, quo actio finitur: aliâs multo minus actioni commodati vel depositi tanti temporis spatio rescribi posset. Non obstat etiam *l. ultim. C. de pignorat. act.* vel quia eo tempore sub Imperatore Diocletiano actiones personales revera perpetuæ erant, vel quia *in d. l. ultim.* non de longissimi sed longi temporis præscriptione respondetur, quæ etiam responsio est ad *l. 10. C. de pignor. act.* Non autem animadverto, quid pro sententia Treut. facere possint *l. purè. § ultim. d. dol. except. l. 12. § ultim. quib. mod. pign. solvat.* quas pro diversa sententia proponit *Covarr. 1. variar. resol. 9.* Duplici autem obiectioni, quod actioni non natæ non præscribatur, & quod sine titulo & bona fide, præscriptioni locus non sit, satisfactum est suprà *disp. 1. de pignorib. th. ult. lit. H.*

Illa alia quæstio est, & magis ad pactū de retrovendendo pertinens, si conventū sit, ut quandocunq; libuerit venditori rem repetere possit. Et sanè propter verbū hoc, *quandocunq;*, videatur etiam post 30. annos actio ex vēdito efficaciter fundata, ne hoc frustra sit adjectum. Sed tamen magis probo illos, quos citat *Gail. 2. observ. 18.* qui verbū illud civiliter accipiendū putant, & ideò adjectū à partibus, ut excludatur tēpus brevius, quod frequentius pacto huic adiici solet: quippe quod Theodos. tempus 30. annor. in locū perpetui tēporis introduxerit, quo olim actiones vivebāt: qua de causa Justin. *Inst. de perp. & temp. act.* tricennales actiones perpetuas appellat.

In fin. huius q. refert Tr. ex Joan. Kœpen. juri offerendi præscribi posse, non a. juri reluendi. Sed nimirū jus offerēdi variè dicitur; & generalius loquendo etiā debitor rectè dicitur habere ius offerendi debitū, ut reluat pignus. Aliud est jus offerēdi, quod habet quilibet possessor rei pignoratæ, ut oblato debito removeat creditorem, hypothecaria actione experiēntē: & insuper aliud, quo creditori priori potest offerre posterior debitū, ut jus suum cōfirmet. Et videatur Tr. tertiam hanc speciē intelligere, de qua tractat *Geil. 2. obs. 18. n. 11.* ubi huic juri præscribi posse 30. annis tradit Geil. quod non sit meræ facultatis, sed sit accessoriū quoddā hypothecariæ actionis, quæ ad summū durat 30. vel 40. annis *l. 7. in pr. de præscript. 30. ann.* Sed hæc ratio aut nulla est, aut æquè probabit quod præscribatur iuri reluendi, siquidē & jus offerendi debitū rectè dici potest accessio actionis pignoratitiæ, quæ soluto vel oblato debito competit, nec magis hoc ius, & fortassis minus q̄ illud, est meræ facultatis: adeoq; utriq; huic iuri præscribi posse statuemus, cum sufficiēs inter utrumq; differentiæ ratio non appareat: (cæterum quanto tempore duret hypothecaria actio, tractatur *sup. disp. 1. d. pign.*) verū ista non est sententia Jo. Kœpen decis. 1. quem Tr. aut non legit aut non intellexit: quoniā hic ita statuit: quod iuri ex pacto revocandi rem venditam præscribi possit ab emptore contra venditorē: sed non possit præscribi à creditore contra debitorem quo minus offerendo debitum actionem pignoratitiam sibi acquirat: & has differentiæ rationes proposuit: quod pignus sit debitoris proprium: quod rem propriam iure meræ facultatis negligere liceat: & quod debitor ante oblationem nullam habeat actionē. Quod posterius falsum est, & cætera quoq; ex iam traditis hic & sup. disput. 1. facile diluuntur.

De annuis præstationib.] Promisit aliquis pro 100. florenis ut fieri solet, annua quina, & cum aliquot annis solvisset, postea non interpellatus 36. annis cessavit: quæritur an & quatenus obligationi vel actioni sit præscriptum. Communis sententia est, quam de iure veriorem ait Tr. quod tantum sex annorum pensionibus ex quo sc. 30. aut amplius anni elapsi sunt, sit præscriptum, sequentium autem annorum pensiones omninò sint præstandæ, adeoq; obligatio in statu suo duret. Rationem addit Tr. quod in mera facultate sit, pensiones deinceps exigere vel remittere. Quæ ratio tum inepta est, per ea quæ in præcedenti quæstione dicta sunt, tum principium petit: quoniam hoc ipsum in quæstione est, an sequentium annorum pensiones peti possint. Sed videtur pro sententia Tr. omnino pugnare *l. cum notissimi* 7. *§. ult. C. de præscript.* 30. *ann.* ubi dicitur in obligationibus, quæ dationem per singulos annos aut menses continent, tempora præscriptionum non ab exordio obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis computari: in quibus verbis fundatur ratio Treut. altera, quod uniuscuiusque anni propria sit præscriptio: & hinc ita concluditur: In obligationibus in diem præscriptio non currit nisi adveniente d. *e dict. l.* 7. *§. illud autem*, 4. atquin in annuis præstationibus totidem sunt obligationes in diem, quot sunt anni: ergo, &c. Sed in hoc argumento minor propositio falsa est, maior autem propositio ad eas obligationes pertinet, quibus ab initio adiecta est dies sub qua differuntur: & aliâs nec obligatio de præstandis usuris in singulos annos triginta annorum præscriptione tolleretur, contra quam statuit Treutler. *supra disputat.* 3. *de usur. thes.* 4. *lit.* C. per *l.* 26. *C. de usur.* neque satis est ad efficiendam obligationem in diem, quo ad hunc effectum, ut singulis annis aliquid præstetur. Et omninò ad efficiendam obligationem in diem, quo ad excludendum effectum præscriptionis, non sufficit quocunque modo, & ratione præstationis nudæ, habere diem: & ipsa obligatio potius pura, sed pensiones divisæ sunt. Neque obstant paulò ante citata verba *ex l.* 7. *§. ultimo. C. de præscript.* 30. *annorum.* etenim Justinian. ita intelligit: non currere præscriptionem ab initio obligationis, ut simpliciter lapsu triginta annorum obligatio finiatur, sicut aliâs contingit: quoniam absurdum esset, creditorem qui aliquot annis, iuxta obligationis tenorem pensiones percepit, elapsis 30. annis excludi

excludi posse:(qua de causa etiam Justin. manifestũ esse ait, quod tempora præscriptionis hoc modo non computentur) sed vult computari tempora ab initio cuiusque anni vel mensis; non quasi totidem sint præscriptiones, sed una tantum præscriptio quę ab eo anno vel mense quo solutio facta non est initium ducat & currere incipiat: cæterum si illud quod Dd. volunt sensisset Justin. hoc ita manifestum esse dicere non potuisset. Et recte igitur Elector Augustus sententiam affirmativam confirmavit *par.2.c.2.* Daß die jährliche zinse vnd præstationes können verjahret werden / nicht allein / daß die versessene zinse nit zu zahlen / sondern auch die zukünftigen nicht dörffen erlegt werden: & recte ibid. improbatur distinctio inter præstationes debitas ex contractu vel ex ultima voluntate, quoniam de utrisque idem statuitur *in d. l. 7. §. ult. C. de præscript. 30. an.* Et probatur hæc sententia per *l.3. & 4. C. d. tit.* iuxta quas omnis actio 30. annorum spacio exspirat.

LIT. K.

Res dotales.

Res dotales.] Harum in cit. *l. 48. de acquir. rer. dom.* non fit mentio: sed nec quicquam huc pertinet *l. 3. C. de præscript. long. temp.* ex qua probatur, quod res aliena in dotem data & bona fide accepta usucapi possit, quæ etiam sententia est *l. unic. C. de usucap. pro dote. In l. 30. §. ult. C. de iur. dot.* hoc traditur, quod tempus durantis matrimonii non imputetur mulieribus res persequentibus. Tantum igitur huc facit *l.16. de fund. dotal.* quæ legem Iul. qua vetita fuit prædii dotalis alienatio, etiam ad usucapionem pertinere docet: & proinde quod speciale est in prædio dotali male Tr. in genere de rebus dotalibus proponit: neque dubitem falsum id esse in rebus dotalibus mobilibus, quas maritus qui solvendo est jure alienare potest, ut ostensum supra *disput. 7. th. 9. lit. C.*

LIT. L.

Res Publicæ.

Res publicæ.] Textus in *l. 9. & in l. præscriptio 45. alias l. ult. h. t.* loquuntur de rebus juregent. publicis: sed in d. l. 9. adduntur res civitatum: quæ iterum sunt in duplici differentia, aliæ quæ omnium civium usu communes sunt, & dicuntur in specie res universitatis, de quibus in *§. universitatis 6. Inst. h. t.* aliæ quæ natura sua sunt privatæ, veluti prædia civitatis, quæ centum annorum præscri-

præſcriptione acquiruntur *l. ult. C.d. S.S. Eccleſ.* In genere autem hic quæri poteſt, an quod dicitur, res furtivas vi poſſeſſas, dotales &c. vſucapi non poſſe, non tantum ad vſucapionem in ſpecie dictam, aut longi temporis, ſed etiam longiſſimi præſcriptionẽ pertineat. Et quidem rerum omnium & ſingularum quæ hac th. enumerantur, ratio eadem eſſe non poteſt: quoniam res minorum olim vſucapi potuiſſe, & hodie 30. annorum præſcriptione acquiri poſſe, conſtat, licet ex quorundam ſententia reſtitutioni ſit locus: quod & in rebus dotalibus tentari poteſt, quoniam, vt ſæpe dictũ, hæc mera eſt temporis exceptio, per quam alteri actio competere negatur. Aliud videtur ſtatuẽdum in rebus furtiuis propter verba L. Atiniæ ſupra th. 1. relata. quæ æternam iubet eſſe rei furtiuæ autoritatem: & quod contra violentum poſſeſſorem etiam poſt 30. annos actio detur, text. eſt *in l. 8. §. 1. & 2. C. d. præſcrip. 30. annor.* quem locum quia paulo eſt obſcurior breui ſubiecta reſolutione illuſtrare liber. Et proponitur *in pr. d. l. 8.* ſi quis titulo iuſto & bona fide acceptam rem decem aut 20. annis poſſederit, eum non tantum poſſidentem exceptione contra dominum vel creditorẽ defendi, ſed etiam amiſſa poſſeſſione actionem habere: quod intelligo vt etiam contra ipſum priorem dominum vel creditorem, cui res obligata fuit, actio detur: vel quia alias hic ſicut in caſu ſeq. diſtinxiſſet Iuſtin, vel quia idem obiectum intelligere ſuadet ratio rectæ explicationis, contra quod actio & contra quod exceptio detur. Deinde *in §. 1. d. l. 8.* proponitur caſus de eo qui iure ſimplicis poſſeſſionis, & per nudam temporis exceptionem excludere poteſt vel excluſit, dominum aut creditorem rem vindicantes: & hic diſtinguitur quod aut initio habuit bonam fidem, quod ſcilicet probare neceſſe habebit: & hic quoq; amiſſa poſſeſſione habet actionem, quoniam propter bonam fidem videtur & intelligitur vſucapione aut longi temporis præſcriptione rem acquiſiuiſſe, & tanto æquius ei accõmodatur actio, quo tempore longiori rem poſſedit: aut vero initio mala fide rem poſſidere cæpit: & huic amiſſa poſſeſſione negatur actio: cuius rei hæc non abſurda ratio reddi poteſt, quoniam non niſi iure poſſeſſionis & beneficio exceptionis, non quod rem ſibi acquiſiuerit, ſe defendere poteſt. Hinc negata actione *in d. §. 1. verſ. ita tamen &c.* deciditur quid iuris conſequatur novus poſſeſſor, per diſtinctionem: quod aut ille poſſeſſionẽ adeptus eſt, qui dominus

Illa alia quæstio est, & magis ad pactũ de retrovendendo pertinens, si conventũ sit, ut quandocunq; libuerit venditori rem repetere possit. Et sanè propter verbũ hoc, *quandocunq;*, videatur etiam post 30. annos actio ex vẽdito efficaciter fundata, ne hoc frustra sit adjectum. Sed tamen magis probo illos, quos citat *Gail. 2. observ. 18.* qui verbũ illud civiliter accipiendũ putant, & ideò adjectũ à partibus, ut excludatur tẽpus brevius, quod frequentius pacto huic adiici solet: quippe quod Theodos. tempus 30. annor. in locũ perpetui tẽporis introduxerit, quo olim actiones vivebãt: qua de causa Justin. *Inst. de perp. & temp. act.* tricennales actiones perpetuas appellat.

In fin. huius q. refert Tr. ex Joan. Kœpen. juri offerendi præscribi posse, non a. juri reluendi. Sed nimirũ jus offerẽdi variè dicitur; & generalius loquendo etiã debitor rectè dicitur habere ius offerendi debitũ, ut reluat pignus. Aliud est jus offerẽdi, quod habet quilibet possessor rei pignoratæ, ut oblato debito removeat creditorem, hypothecaria actione experiẽtẽ: & insuper aliud, quo creditori priori potest offerre posterior debitũ, ut jus suum cõfirmet. Et videatur Tr. tertiam hanc speciẽ intelligere, de qua tractat *Geil. 2. obs. 18. n. 11.* ubi huic juri præscribi posse 30. annis tradit Geil. quod non sit meræ facultatis, sed sit accessoriũ quoddã hypothecariæ actionis, quæ ad summũ durat 30. vel 40. annis *l. 7. in pr. de præscript. 30. ann.* Sed hæc ratio aut nulla est, aut æquè probabit quod præscribatur iuri reluendi, siquidẽ & jus offerendi debitũ rectè dici potest accessio actionis pignoratitiæ, quæ soluto vel oblato debito competit, nec magis hoc ius, & fortassis minus q̃ illud, est meræ facultatis: adeoq; utriq; huic iuri præscribi posse statuemus, cum sufficiẽs inter utrumq; differentiæ ratio non appareat: (cæterum quanto tempore duret hypothecaria actio, tractatur *sup. disp. 1. d. pign.*) verũ ista non est sententia Jo. Kœpen decis. 1. quem Tr. aut non legit aut non intellexit: quoniã hic ita statuit: quod iuri ex pacto revocandi rem venditam præscribi possit ab emptore contra venditorẽ: sed non possit præscribi à creditore contra debitorem quo minus offerendo debitum actionem pignoratitiam sibi acquirat: & has differentiæ rationes proposuit: quod pignus sit debitoris proprium: quod rem propriam iure meræ facultatis negligere liceat: & quod debitor ante oblationem nullam habeat actionẽ. Quod posterius falsum est, & cætera quoq; ex iam traditis hic & sup. disput. 1. facile diluuntur.

De

De annuis præstationib.] Promisit aliquis pro 100. florenis ut fieri solet, annua quina, & cum aliquot annis solvisset, postea non interpellatus 36. annis cessavit: quæritur an & quatenus obligationi vel actioni sit præscriptum. Communis sententia est, quam de iure veriorem ait Tr. quod tantum sex annorum pensionibus ex quo sc. 30. aut amplius anni elapsi sunt, sit præscriptum, sequentium autem annorum pensiones omninò sint præstandæ, adeoq; obligatio in statu suo duret. Rationem addit Tr. quod in mera facultate sit, pensiones deinceps exigere vel remittere. Quæ ratio tum inepta est, per ea quæ in præcedenti quæstione dicta sunt, tum principium petit: quoniam hoc ipsum in quæstione est, an sequentium annorum pensiones peti possint. Sed videtur pro sententia Tr. omnino pugnare *l. cum notissimi 7. §. ult. C. de præscript. 30. ann.* ubi dicitur in obligationibus, quæ dationem per singulos annos aut menses continent, tempora præscriptionum non ab exordio obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis computari: in quibus verbis fundatur ratio Treut. altera, quod unius cuiusque anni propria sit præscriptio: & hinc ita concluditur: In obligationibus in diem præscriptio non currit nisi adveniente d *e dict. l. 7. §. illud autem*, 4. atquin in annuis præstationibus totidem sunt obligationes in diem, quot sunt anni: ergo, &c. Sed in hoc argumento minor propositio falsa est, maior autem propositio ad eas obligationes pertinet, quibus ab initio adiecta est dies sub qua differuntur: & aliâs nec obligatio de præstandis usuris in singulos annos triginta annorum præscriptione tolleretur, contra quam statuit Treutler. *supra disputat. 3. de usur. thes. 4. lit. C.* per *l. 26. C. de usur.* neque satis est ad efficiendam obligationem in diem, quo ad hunc effectum, ut singulis annis aliquid præstetur. Et omninò ad efficiendam obligationem in diem, quo ad excludendum effectum præscriptionis, non sufficit quocunque modo, & ratione præstationis nudæ, habere diem: & ipsa obligatio potius pura, sed pensiones divisæ sunt. Neque obstant paulò ante citata verba *ex l. 7. §. ultimo. C. de præscript. 30. annorum.* etenim Justinian. ita intelligit: non currere præscriptionem ab initio obligationis, ut simpliciter lapsu triginta annorum obligatio finiatur, sicut aliâs contingit: quoniam absurdum esset, creditorem qui aliquot annis, iuxta obligationis tenorem pensiones percepit, elapsis 30. annis excludi

excludi posse: (qua de causa etiam Justin. manifestū esse ait, quod tempora præscriptionis hoc modo non computentur) sed vult computari tempora ab initio cuiusque anni vel mensis; non quasi totidem sint præscriptiones, sed una tantum præscriptio quę ab eo anno vel mense quo solutio facta non est initium ducat & currere incipiat: cæterum si illud quod Dd. volunt sensisset Justin. hoc ita manifestum esse dicere non potuisset. Et recte igitur Elector Augustus sententiam affirmativam confirmavit *par.2.c.2.* Daß die järliche zinse vnd præstationes können verjahret werden / nicht allein/ daß die versessene zinse nit zu zahlen / sondern auch die zukünftigen nicht dörffen erlegt werden: & recte ibid. improbatur distinctio inter præstationes debitas ex contractu vel ex ultima voluntate, quoniam de utrisque idem statuitur *in d.l.7.§.ult.C. de præscript.30. an.* Et probatur hæc sententia per *l.3. & 4. C.d.tit.* iuxta quas omnis actio 30. annorum spacio exspirat.

LIT. K.

Res dotales.

Res dotales.] Harum in cit. *l.48. de acquir.rer.dom.* non fit mentio: sed nec quicquam huc pertinet *l.3. C. de præscript. long. temp.* ex qua probatur, quod res aliena in dotem data & bona fide accepta usucapi possit, quæ etiam sententia est *l.unic.C.de usucap.pro dote. In l.30. §.ult.C.de iur.dot.* hoc traditur, quod tempus durantis matrimonii non imputetur mulieribus res persequentibus. Tantum igitur huc facit *l.16. de fund. dotal.* quæ legem Iul. qua vetita fuit prædii dotalis alienatio, etiam ad usucapionem pertinere docet: & proinde quod speciale est in prædio dotali male Tr. in genere de rebus dotalibus proponit: neque dubitem falsum id esse in rebus dotalibus mobilibus, quas maritus qui solvendo est jure alienare potest, ut ostensum supra *disput.7.th.9.lit.C.*

LIT. L.

Res Publicæ.

Res publicæ.] Textus in *l.9. & in l.præscriptio 45. alias l.ult.h.t.* loquuntur de rebus juregent. publicis: sed in d.l.9. adduntur res civitatum: quæ iterum sunt in duplici differentia, aliæ quæ omnium civium usu communes sunt, & dicuntur in specie res universitatis, de quibus in *§.universitatis 6.Inst.h.t.* aliæ quæ natura sua sunt privatæ, veluti prædia civitatis, quæ centum annorum

præscri-

præscriptione acquiruntur *l. ult. C. d. S. S. Eccles.* In genere autem hic quæri potest, an quod dicitur, res furtivas vi possessas, dotales &c. vsucapi non posse, non tantum ad vsucapionem in specie dictam, aut longi temporis, sed etiam longissimi præscriptionē pertineat. Et quidem rerum omnium & singularum quæ hac th. enumerantur, ratio eadem esse non potest: quoniam res minorum olim vsucapi potuisse, & hodie 30. annorum præscriptione acquiri posse, constat, licet ex quorundam sententia restitutioni sit locus: quod & in rebus dotalibus tentari potest, quoniam, vt sæpe dictū, hæc mera est temporis exceptio, per quam alteri actio competere negatur. Aliud videtur statuēdum in rebus furtiuis propter verba L. Atiniæ supra th. 1. relata. quæ æternam iubet esse rei furtiuæ autoritatem: & quod contra violentum possessorem etiam post 30. annos actio detur, text. est *in l. 8. §. 1. & 2. C. d. præscrip. 30. annor.* quem locum quia paulo est obscurior breui subiecta resolutione illustrare libet. Et proponitur *in pr. d. l. 8.* si quis titulo iusto & bona fide acceptam rem decem aut 20. annis possederit, eum non tantum possidentem exceptione contra dominum vel creditorē defendi, sed etiam amissa possessione actionem habere: quod intelligo vt etiam contra ipsum priorem dominum vel creditorem, cui res obligata fuit, actio detur: vel quia alias hic sicut in casu seq. distinxisset Iustin, vel quia idem obiectum intelligere suadet ratio rectæ explicationis, contra quod actio & contra quod exceptio detur. Deinde *in §. 1. d. l. 8.* proponitur casus de eo qui iure simplicis possessionis, & per nudam temporis exceptionem excludere potest vel exclusit, dominum aut creditorem rem vindicantes: & hic distinguitur quod aut initio habuit bonam fidem, quod scilicet probare necesse habebit: & hic quoq; amissa possessione habet actionem, quoniam propter bonam fidem videtur & intelligitur vsucapione aut longi temporis præscriptione rem acquisiuisse, & tanto æquius ei accōmodatur actio, quo tempore longiori rem possedit: aut vero initio mala fide rem possidere cæpit: & huic amissa possessione negatur actio: cuius rei hæc non absurda ratio reddi potest, quoniam non nisi iure possessionis & beneficio exceptionis, non quod rem sibi acquisiuerit, se defendere potest. Hinc negata actione *in d. §. 1. vers. ita tamen &c.* deciditur quid iuris consequatur novus possessor, per distinctionem: quod aut ille possessionē adeptus est, qui dominus

antea rei aut cui ea obligata fuit, & quem prior possessor antea per exceptionem removerat: & omnino posterior hic possessor defenditur in possessione sua: aut alius possessionem adeptus est, qui ius in re non habuit: & contra hunc priori domino aut creditori datur rei vindicatio, & hypothecaria, non obstante quod semel ab altero possessore per præscriptionem longissimi temporis fuerint remoti: nisi secundus ille possessor, licet iniustus, novam & ex persona sua 30. annorum præscriptionem opponere possit. Ex quo perspicuum est, quod in hac præscriptione non sit opus bona fide, sub hac sc. explicatione, quo ad effectũ obiiciendæ exceptionis, sed ut ex præmissis patet, opus est ea ex d. l. 8. ad effectum movendæ actionis, si possessio fuerit amissa. Hoc autem quod prior dominus vel creditor per possessorem etiam injustum longissimi temporis præscriptione excludantur, limitatur in §. *sed hæc.* 2. *d. l.* 8. si modo possessor ille sine violentia possessionem apprehenderit: & ergo, ut dixi, violentus possessor, ne quidem 30. annorum præscriptione tutus est: quod tamen in ipso possessore violento, de quo etiam tantum loquitur Iustin. obtinere existimaverim, non in alio qui rem violenter possessam bona fide accepit: quoniam quod de usucapione & longi tẽporis acquisitione dicitur: ut ea nec à tertio possessore allegari possit, §. *furtivæ. vers. quod autem dictum. Inst. h. t.* ad longissimi temporis præscriptionem non arbitror pertinere.

LIT. M.

Testamento alienari prohibita.] Ratio est quia nec alienari possunt *l. ult. C. de reb. alien.* & sunt in hanc rem textus *in l.* 2. *C. d. usucap. pro emptor. l. ult. §. fin autem pen. C. commun. d. legat.* ubi notandum quod Iustin. ait, nec usucapionem nec longi temporis præscriptionem currere contra legatarium: ut inde colligere liceat, longissimi temporis præscriptionem ei obstitutam. v. de hoc *Pinell. in auth. nisi tricennalis C. d. bon. mat. n.* 24. *& seqq.*

LIT. N.

Res fisci.] De his, quod usucapi nequeant, textus sunt *in §. res fisci Inst. h. t. l.* 2. *C. comm. d. usucap.* cui consequens videtur ut nec

longo

longo tempore hodie acquiri possint: quæ etenim hac in re mobilium & immobilium in Italia, eadem immobilium in provinciis ratio fuit, quæ scilicet usucapione non adquirebantur. Scrupulum tamen hic movet *l. in omnibus 13. d. divers. præscript.* ubi dicitur, quod in omnibus fiscalibus quæstionibus, viginti annorum præscriptio custodiatur: & auget difficultatem, quod in *leg. omnes 4. C. d. præscript. 30. annorum*, iura publica demum 40. annorum præscriptione excludi dicuntur: & in *leg. ut inter divinum ult. C. d. S.S. Ecclesi.* centenaria præscriptio requiritur ad adquirendas res civitatis, quibus non debent esse inferiores, imo melioris conditionis, res fisci principis. Accurs. *in dict. leg.* 13. varias conciliandi proponit rationes: vel quod *d. l.* 13. loquatur de exceptione sive præscriptione quam obiiciat fiscus, vel quod loquatur de rebus fisco nondum quæsitis sed quærendis: siquidem ex *leg.* 1. *Cod. d. quadr. præscript.* §. *res fisci I. h t.* constat bona alia usucapi posse. Sed occurritur, quod hæc etiam minori quam 20. annorum tempore acquiri, & iuxta dd. textus usucapi possunt: nisi quis subdistinguendum putet inter bona querenda, quæ vel nondum sunt nuntiata, & locus est usucapioni: vel iam nuntiata, & locus erit 20. annorum præscriptioni. Alia conciliatio Accursij est *in dict. leg ult. C. d. SS. Eccles.* quod ea secundum quid deroget LL. prioribus, videlicet in quatuor casibus, hereditate, legato, vendito, donato: nam & L. 4. C. *d. præscr.* 30. *annor.* quæ 40. annis etiam jura publica vult præscribi, videtur sublata per *d. l. ult.* quæ demum centenariam præscriptionem in rebus, quæ ad publicum pertinent, admittit. Possit etiam *d. l. 13. d. divers. præscript.* referri ad causas criminales, hoc sensu, quod sicut persecutionibus ipsorum criminum per accusationem instituendis obstat præscriptio 20. annorum, ita eadem obstet quæstionibus, quas fiscus pro vindicandis sibi reorum vel damnatorum bonis moveat. Sed nihil affirmo.

Res fisci quomodo usucapiantur

Lit. O.

Bona adventitia filiif.] Constituit Iustin. *in l.* 1. §. 1. *inf.* C. *d. annal. except.* ne currat præscriptio filiisfa. nec eis imputetur tẽpus quo sunt in potestate, quoniã sc. pro rebus in quibus pater vsumfructum habet, iure experiri non possunt, non valenti aũt agere propter impedimentũ iuris, non currit ꝑscriptio. Superuacuo aũt addit Tr. bona

Bona adventitia filij.

adventitia quæ patri non acquiruntur: quoniam ex L. Iustiniani nulla advẽtitia bona dominii iure patri quęruntur: & Iustin. qui ad omnia adventitia produxit, quod olim in maternis bonis, & aliis eiusd. generis obtinebat, vt solus vsusfructus patris esset, idem, quod ante de bonis maternis sancitum erat, ne in iis præscriptio curreret filiofam. *l.1.inf.C.d.bon.matern.* ex identitate rationis ad omnia adventitia porrexit.

LIT. P.

Bona ei q impeditur ... [handwritten margin note]

G. *Nec eius qui legitime impeditur.*] Sub hanc classem debebat referri casus lit. præced. quoniam nulla alia eius ratio est, nisi quod filiusfam. agere non potest, & quidem impedimento iuris, vt vulgo distinguunt Dd. siquidem impedimentum facti non interrumpit cursum vsucapionis: sed causam restitutioni præbet, veluti siquis Reipubl. causa absens, vel in vinculis fuerit *leg. 1. & t. t. ex quib. caus. maior.* Et ergo insubtiliter hic labitur Tr. dum ait, *vt verbo dicam, cum effectu non obiicitur præscriptio iis, qui in integrum restitui possunt:* male enim ita confunduntur casus, quibus præscriptio non currit & quibus currit, saluo restitutionis beneficio. quæ duo omnino separanda sunt, neque illis casibus quibus speciali ratione contra vsucapionem perfectam & impletam restitutio datur, dici potest vsucapioni non esse locum, aut rem vsucapi non posse. Et hæc incuria Tr. & confusio manifestius apparet ex eo quod subiicit, *impedimento sublato tempora continuari*: quoniam hoc non ad eum casum quo restitutio datur, sed ad eum pertinet, quo propter impedimentum iuris præscriptio currere & impleri non potest, veluti in rebus pupilli, minoris, filiifam. v. etiam de hoc an impedito agere currat præscriptio. *Pinell. in auth. nisi tricennalis* C. *d. bon. mat. nu.* 41. *& seqq.* Quæ autem hic de restitutione danda diversis personis tractat, vtpote hinc aliena ad locum proprium remittimus, & illam quoque quæstionem, quam in extremo th. annectit, an ex capite ignorantiæ aduersus pręscriptionem restitutio detur, de qua abunde actum est supra *part.1.disp.11.th.17.*

THESIS IV.

LIT. A.

Ait vsucapionis species ex tempore sumi debere. Quod si conferatur

feratur cum exemplis & ſpeciebus ſubiectis, omnino vitioſum eſſe apparet: quoniam V. C. præſcriptio annalis contra actionem iniuriarum & actionem Paulianam, biennalis contra actionem doli, vicennalis contra perſequutionem criminum, nullo modo uſucapio dici poteſt, cuius etiam definitio tradita th. 1. nullo modo ei convenit, & ſolam præſcriptionem longi temporis qua prędia provincialia acquirebantur, cum vſucapione confudit Iuſtin. cęterum præſcriptionum tractatus ad materiam exceptionum pertinet.

LIT. B.

Temporis computatio.] Tempus iure noſtro dupliciter fere computatur, naturaliter, de momento ad momentum, & ita, vt quem tempus illud de quo quæritur præciſe in puncto impleſſe, adeoque exceſſiſſe oporteat: & civiliter, ita vt tempus cæptum eſſe ſufficiat: quæ diverſitas eſt à mera diſpoſitione legis, quæ ita conſtituit, licet ratio non ſemper ſatis certa appareat, quam tamen fere in favore aliquo repoſitam eſſe putat *Accurſ. in l. 3. §. minorem. 3. de minor.* Priori modo computatur tempus in fatali interponendæ appellationis N. 23. in privilegiis ſeptuagenariorum *l. maiores d. iur. immunitat.* in L. Iulia *l. ſi maritus* 15. §. *L. Iul. 6. inf. ad L. Iul. d. adult.* in reſtitutione minorum *d. l. 3. §. 3. d. minor.* in actionibus perſonalibus temporalibus *l. 6. d. O. & A.* in ætate pupillari *arg. l. 26. d. tutor. dat.* Poſteriori ratione, vt dies cæptus habeatur pro completo, computatur in L. Ælia Sentia, qua vetabatur minor 20. annis manumittere *l. 1. de manumiſſ.* quo reſpicit ICtus *in l. qui filium* 74. §. 1. *inf. ad SCt Trebell.* ita quoque computatur in definiendo anniculo *l. anniculus* 134. *d. V. S.* in ætate ad teſtamenta habili *l. 5. qui teſtam. facer. poſſ.* in uſucapionibus & præſcriptionibus *l. 6. h. t. l. pen. d. diverſ. præſcript.* Quinimo aliquando annus cæptus pro completo habetur, veluti cum tractatur de muneribus & honoribus capeſſendis *l. ad rempub. §. annus d. muner. & honor.* de reſtituenda hereditate fideicommiſſaria *d. l. qui filium* 74. §. 1. *ad Trebell.* vbi tamen Imperator ita ex circumſtantiis iudicaſſe videtur arg. *l. non putabam* 48. *d. condit. & demonſtrat.* Porro quod in uſucapione perficienda dies cęptus habeatur pro completo, ei non obſtat *d. l. 6. d. O. & A.* quoniam vt Tr. reſpondet, aliud eſt in actionibus perſonalibus hac lege datis, vt ſi quis non egerit intra ſtatuta tempora excludatur. Quæ ratio prin-

cipium petere videtur, quoniam etiam dici possit, actiones in rem sub hac lege esse datas. Possit autem duplex non improbabilis differentiæ ratio dari, 1. quod actiones personales descendunt ex conventione partium, & secundum harum verba explicatur ipse contractus: ubi autem conventio ita cōcepta est, ut intra aliquod tempus aliquid daretur vel fieret, non potest videri post tempus agere, qui non præcise elapso tempore convento, experitur: sub qua forma etiam actiones alias personales non ex conventione descendentes, propositas fuisse, dubitandum non est. Et hinc non obstat quod *in l. Arrianus d. O. & A.* dicitur, proniores nos esse ad liberandum: quoniam hoc obtinet, positis terminis habilibus, nisi verba L. vel conventionis repugnent: quamvis hoc non tantum creditori sed etiam debitori utile sit, ut non nisi præcise impleto tempore conveniri possit. Et hinc videtur desumi posse secunda ratio, quod in specie *l. 6. d. O. & A.* tempus præfixum est actioni: tempus autem 10. aut 20. annor. V. C. non tam actioni reali, quā potius usucapioni est præfinitum. Deniq; illud hic addendum, quod nec inter *l. 6. h. t. & inter l. pen. d. divers. præscr.* satis conuenire videtur, quoniam in hac dicitur, ꝙ usucapio impleatur, etsi minimo momento novissimi diei res fuerit possessa: sed *in l. 6. h. t.* Vlp. ait, totum postremum diem computari: qua de causa *Hottom. 1. amicab. respons. 26. in d. l. 6. h. t.* ita vult legi, *ortum postremum diem competamus*: quæ lectio valde est hispida & insuavis: & recte Accurs. hanc esse sententiam Vlp. docet, quod pars vel minima diei habeatur pro tota die, ad hūc effectum, ut impleatur usucapio, quod & probat *Mercer. lib. 2. opin. cap. 4.* eamq; sententiam manifesto exigit & confirmat *l. 7. h. t.* ubi idem Vlp. ait, eum qui hora 6. diei Calend. Ianuar. possidere cæpit, hora sexta noctis, (media enim nocte more Romano dies incipit) pridie Calend. Ian. impleri usucapionem: & nimirum primum momentum diei Calendarum est hora sexta nocturna pridie Calendas, & eo tempore perficitur usucapio, quæ cæperat hora sexta diei Cal.

LIT. C.

Reiecta Accurs. & Bart. distinctione.] Recte ea reiicitur, siquidem usucapio ad res mobiles, præscriptio ad immobiles restringitur: itemq; si omnis differentia præscriptionis & usucapionis negatur: cæteroquin recte distinguuntur, & lit. A. notavimus hunc errorem

rem

rem Tr. qui meras præſcriptiones & exceptiones ſub iſtam tractationem refert.

LIT. D.

Annalem.] Male omnino, cum uſucapione rerum mobilium ex iure veteri, coniungit meram præſcriptionem & exceptionem annalem, quæ obſtat actioni iniuriarum, & actioni Paulianæ, de qua infra diſput. 24. th. 5. ideoq; hinc removenda etiam ſunt, quæ ſatis prolixe tractat de actione iniuriarum ex edicto prætoris & ex l. Cornel. quæ remittimus ad diſput. 30. th. 6. ubi iſta, quæ alieno loco hic Tr. tractat, examinabimus.

LIT. E. & F.

Biennalem.] Poterat & debebat ſicut lit. præced. actioni iniuriarum, ita hic actioni doli obſtantem exceptionem biennij *l. ult. C. d. dol. mal.* proponere.

Triennalem.] Per hanc acquiruntur hodie res mobiles, etiam, ut Tr. ait res Eccleſiæ: quod quidem probatur expreſſe ex *auth. quas actiones C. d. SS. Eccleſ.* Sed non æque ex ea, unde hæc auth. deſumpta eſt. *Nov.* 131. *c.* 6. niſi per conſequentiam, quoniam Iuſtin. ibi tantum præſcriptionem eam qua res immobiles acquiruntur, in rebus Eccleſiæ vult eſſe 40. annorum: ut proinde in reliquis ius priſtinum debeat manere incorrectum.

LIT. G.

Quadriennalem.] Hac ait præſcribi à privato contra fiſcum, & viciſſim à fiſco contra privatum, adducta *l. 3. C. d. quadrienn. præſcr. & §. ult. Inſt. h. t.* ſed conſuluit ſibi, dum ſimul allegavit *totum tit. C. d. quadrienn. præſcript.* etenim *d. l. 3. & §. ult.* loquuntur de ea præſcriptione, qua excluditur privatus, cuius res à fiſco eſt alienata. Sed *in l. 1. C. eod. tit.* agitur de alia ſpecie præſcriptionis, qua fiſcum excludit privatus, qui quadriennio poſſedit rem bona fide ex bonis vacantibus, fiſco nondum nunciatis acceptam, de cuiuſmodi uſucapione intelligendus eſt §. *res fiſci. 6. Inſt. h. t.*

LIT. H.

Decennalem.] Cum adeo accurate per diſtinctos annorũ terminos enumeraret Tr. uſucapionum ſpecies, ita quidẽ ut ſimplices et præſcriptiones & exceptiones cõprehẽderet, nõ debebat omittere præſcriptionẽ quinquennalẽ, cuius varia in iure noſtro ſunt exẽpla: veluti

veluti præscriptio quinquennij ex edicto Marci §.*vlt. in pr. Inst.h.t.* præscriptio quinquennij contra querelam inofficiosi *l.8.§.vlt.cum l.seq.d.inoffic.testam.* exceptio non numeratæ pecuniæ ex iure veteri *Inst.d.obligat.liter.* præscriptio ex l. Iul. contra accusationem adulterij *infr. disp.32.th.2.lit.G.* præscriptio pro statu defunctorum *l.1.& t. t.C.ne de statu defunct. post quinquenn.* præscriptio contra petitionem separationis *l.1.§.quod dicitur 13.d separat.* & quæ obstat minori cuius res sine decreto alienata fuit, *l.vlt.C.si maior factus alienat. rat. habuerit*: plura v. apud *Cuiac.d.diuers.temp.cap.24.*

De decennali & vicennali præscriptione res certa est, quod vterque terminus sit præscriptionis eiusdem obiecti, sub differentia præsentiæ & absentiæ, quæ æstimatur ex domicilio, & præsẽtes hic dicuntur, qui in ead. provincia domicilium habent, licet extra eam prouinciam res posita sit. Vnde ducitur argumentum pro communi Dd. sententia, quod etiam in loco domicilij actio in rem institui possit, per *not.supr.par.1.disp.3.th.8.lit.G.* Videtur autem Tr. verbum *territorij*, quod non extat *in l.vlt.C.de præscript.long.temp.* incautius addidisse, quoniam hoc verbum angustius est arg. *l.pupillus 239.§.vlt.d.V.S.* neq; tam late patet quam provincia: nisi dicas, verbum territorij diversimode vsurpari, veluti *in l.vlt.d.iurisdict.* significat totum illud, quousque se extendit iurisdictio, neque adeo absurde provincia territorium præsidis appellari potest. Illud autem de absentia vel præsentia ex domicilio sub vna provincia, æstimanda, possit videri arbitrarium: quoniam non omnes provinciæ eiusdem sunt latitudinis & amplitudinis, quin imo ex arbitrio principis pendet, provinciam vnam distinguere in duas, & vicissim ex duabus facere vnam: & cum ideo constat duplum temporis præfixum esse præscriptioni contra absentem, quod hoc casu facilius dominus ignorantiam rei suæ prætendere potest, etiam ratio suadet, vt contra eum qui in eadem sed amplissima habitat provincia, plus temporis requiratur, quam contra eum qui in angusta: sed super hoc vix nisi supremus magistratus statuere possit.

Quid si quis aliquot annos] Hoc ita, vt propter absentiam alterius, tantundem temporis decennio adiiciatur, constituit *Iustin. in N.119.cap.8.* & id quidem rationem habet, si ponamus propter absentiam illius agi non potuisse: cæteroquin cum ratio temporis, & diuersitatis inter præsentes & absentes, inde pendeat, vt sufficiens

spatium

ſpatium habeat dominus inquirendo res ſuas, quæ inquiſitio difficilior eſt contra abſentem, non videtur ſat eſſe rationis adiiciendi aliquid decennio, ſi ponamus alium loco abſentis ad fuiſſe, qui & conveniri potuerit, & effecerit, ne inquiſitio rei ſuæ domino eſſet difficilior.

LIT. I.

Vicennalem.] De hoc iam dictum: & illud non valde dubium, quod abſentia non uno modo in iure noſtro accipiatur, hic autem abſens dicatur, qui habitat in diverſo territorio, vel potius provincia, licet, ut Tr. ait res uſucapienda ſit in una: de quo tamen nec dubitari poterat, niſi quis in confinio rem ſitam proponat.

Et hæc actiones reales & criminales.] Quin imo in realibus iuxta præmiſſa diſtinguendum eſt: ſed & ſubtilius loquẽdo & accuratius, actiones reales non minus ac perſonales, olim perpetuæ fuerunt, utræque hodie tricennales effectæ: neque reales ſimplici exceptione temporis decennij inter præſentes aut vicennij inter abſentes, excluduntur, ſed propter poſſeſſionem alterius, cum titulo & bona fide legitimo tempore continuatam. Quod attinet ad actiones criminales, iam aliquoties notatum vitium hic committitur, quoniam hæ per ſimplicem præſcriptionem & exceptionem 20. annorum excluduntur. Ait autem Tr. præſcribi etiam publicis accuſationibus, fortaſſis ideo, quoniam delicta alia ſunt publica, alia privata, ex quibus etiam criminaliter agi poteſt *l. ult. d. furt. & l. ult. d. privat. delict.* Delicta autem publica vindicandi ratio duplex eſt: altera per accuſationem in ſpecie dictam, quam inſtituit privatus, altera per inquiſitionem, quam inſtituit magiſtratus, de quo infra *diſp.* 31. Et cum leges poſt 20. annos delicta tanquam oblivione ſopita noluerint vindicari, conſequitur veram eſſe ſententiam Tr. ex Dd hic propoſitam, quod poſt 20. annos nec magiſtratus ex officio procedere poſſit, quod alias parum utilis in effectu futura ſit exceptio vicennij: cum præſertim hodie delicta fere omnia criminaliter officio magiſtratus fiſco accuſante vindicentur. Et porro cum textus generaliter & indiſtincte loquantur, vix puto recipiendam eſſe Teſſau. quam hic Tr. refert, diſtinctionem ex deciſ. 108. an delictum ſit deliberato & præmeditato perpetratum, an ſecus: licet non dubitem magiſtratum ſupremum ex cauſa, non attenta hac præ-

ſcriptione,in reum animadvertere poſſe:quoniam præſcriptio hęc mere eſt civilis,qua de cauſa etiam præſcriptionem quinquennij in crimine adulterij,ſuſtulit Elector Auguſtus *p 4.conſt.19.inf.*

Intellige autem dictam.] Huius ſententiæ, quod tempus vicennij computetur à die commiſſi delicti, nō ſcientiæ, manifeſta apparet ratio in delictis publicis,quod alias non certum , ſed incertum, imo incertiſſimum futurum ſit tempus præſcriptionis: quippe cum omnibus competat ius accuſandi, ſi à cuiuſq; privati ſcientia tempus illud demum currere ſtatuamus:& regulare eſt,ut præſcriptio currat adverſus ignorantes.

Sunt tamen quibuſdam.] Per modum exceptionis ait , quod quibuſdam actionibus criminalib.minora tempora in ſpecie ſint præſtituta,& exempli loco adducit actionem iniuriarum & doli.Prorſus vitioſe:quoniam hæc quidem actio doli ita in ſpecie dicta,ſemper civilis eſt:illa autem,ex L.quidem Cornel.regulariter criminalis,ſed ex edicto prætoris regulariter civilis. Illa exceptio recta eſt de accuſatione adulterij, quæ finitur quinquennio,ne matrimonia tranquilla facile & temere turbentur.Sed cum hodie ex iure civili noviſſimo adulterium crimen publicum eſſe non videatur , ut notatur inf.*diſp.32. th. 2.lit.G.* & tantum marito proximiſque cognatis ius accuſandi ſit,iſta quinquennij præſcriptio favorabilis amplius eſſe non videtur,cum præſertim huiuſmodi delictum clam perpetretur,& valde durum ſit,marito,qui tardius hoc reſcivit criminis illius vindicationem denegari.

Vt & alia quædam.] Veluti præſcriptio quinquennalis,contra accuſationem ex L. Iulia , peculatus: cæteri omnes cit.textus vitioſe adducuntur,neq; ad criminalem , ſed ad civilem perſequutionem pertinent,ut apparet ex *cit.tit.C. ne de ſtat. defunct.poſt quinquenn.* & querela inoff. nullo modo criminalis eſt. In *l.2.C. d. vectigal. & commiſſ.* (nam l.8.male citatur) fiſcus qui vindicat rem ex cauſa commiſſi,exceptione quinquennij repellitur:& deniq; *in l.2.C.d.apoſtat.* non de pæna criminis,ſed de perſequutione bonorum tractatur.

Accuſatio pacis publicæ.] Cum hoc crimen exceptum non ſit, merito ſub regula continebitur,& accuſationi inſtitutæ 20. annorum præſcriptio obſtabit:ſed illa alia quæſtio eſt,an exceptionis etiam non allegatæ iudex habere debeat rationem , quod negare videtur T.dum addit,modo ea exceptio opponatur: quod alterius

eſt tra-

est tractationis, an & quatenus iudex omissa à partibus possit vel debeat supplere, si alias ipsi ea de re constat.

Hac & præcedens præscriptio.] Constat in materia hac, longum tempus significare decem vel viginti annos, sicut & ita usurpatur verbum, *diu*, *in l si cum 16. §. Aristo. 3. qui & à quib. manumiss.* unde & Dd. 10. aut 20. annis consuetudinem introduci volunt arg. *rubric. C. quæ sit longa consuetudo*, cæteroquin aliquando aliter ea verba usurpari, nemo negaverit, ad quod tamen parum faciunt textus à Tr. citati, nisi quod *in N. 61. c. 1. §. 2.* fit mentio plurimi temporis, & illud de biennio explicatur: nihil autem plane facit *l. 57. locati & in l. 1. pro socio & in §. adeo Inst. locati.* perpetui, & *in l. 3. §. 4. d. aqua quotid.* temporis immemorialis fit mentio.

Lit. K.

Tricennalem.] Hanc iure Digest. incognitam fuisse ait: quatenus scilicet ea simpliciter ut præscriptio & exceptio consideratur: nam ante constitutionem Theodosii actiones erant perpetuæ, ita ut nisi usucapio coniuncta cum bona fide & titulo obtenderetur, res esset restituenda: sed post illam constitutionem, præscriptio hæc 30. annorum obstat & realib. & personalibus actionibus, quas leges ulterius vivere noluerunt. Et ita salvari potest Tr. hic, dũ ait, ita præscribi res immobiles, videlicet, ubi nulla bona fides vel titul⁹ adest: quamvis revera ista præscriptio, utpote iuxta sæpius iam dicta, mera exceptio, præscriptio hoc sensu, quo usucapio ita appellatur, non possit iure dici, per notata supra *ad l. 8. §. 1. C. d. præscript. 30. annor.* Et hac igitur præscriptione tolluntur omnes actiones, exceptis specialibus quibusdã de quib. postea agetur: inter quas exceptiones hanc quoq; referunt, si agatur de re Ecclesiæ iuxta lit. seq. de annuis præstat. de quib. actum th. præced. lit. I. de colono & emphyteuta per *l. 2. & 7. §. ult. C. d. præscript. 30. annor.* ex quibus textibus non obscure probatur, quod nec 30. aut 40. annorũ præscriptione colonus vel emphyteuta, quo minus dominum agnoscat, eiq; rem restituat, se defendere possit. Quod tamen mirum videri possit, ut actio personalis vel ẽt realis nõ tollatur 30. annis, cũ nullum hic sit privilegiũ rei vel personæ. Sed nimirũ ita statuendũ est, ꝙ text. citati de eo casu loquantur, quo quis pensionem aut canonem solvit, seque emphyteutam aut colonũ fatetur, & simpliciter propter lapsum 30. annor.

actionem consumptam putat: cæterum si colonum vel emphyteutam se quis negaverit, & pensionem solvere recusaverit, & ita pro suo possidere inceperit, eamque possessionem 30. annis continuaverit, non dubitandum quin post tantum tempus exceptione tricennali se defendere possit: quæ sententia est *gl. Cyn. & Bart. in d. l. 2. C. d. præscript. 30. annor. & ibid. Salicet.* ubi hoc ait communiter à Dd. teneri *Gloss. & Castrens. in l. 1. C. commun. d. usucap. arg. l. cum fundum 18. d. vi arm.* ubi Gloss. & Dd. notant colono dari interdictum unde vi, non qua colono, sed qua interversori dominicæ possessionis: & idem in terminis tradunt Ias. & Zas. citati disp. præced. *th. 2. lit. c.* quibus adde *Covàrr. in cap. possessor. p. 2. §. 9.*

Quo pertinet quæstio.] Quærit Tr. an per statutum tempora præscriptionis, qua exclūditur actio personalis, minui possint: & negat, si debitor sit in mala fide. Enimvero si statutum ipsum in casu malæ fidei tempora minuat, videri possit esse contra bonos mores: sed in his terminis non loquitur *Fachin. 1. controvers. 68.* sed hac ratione improbat statutum, quia nutriat peccatum & admittat præscriptionem cum mala fide. Interesse videtur, an quæratur de iure Can. an civili: illo non videtur valere statutum, per ea quæ dicentur th. 6. in quibus terminis loquitur Fachin. hoc autem videtur valere, siquidem per legem civilem Theodos. tempus perpetuum ad 30. annos potuit reduci, cum præsertim tota materia præscriptionum sit iuris civilis. Et sane sub aliquo termino commode poterit hæc sententia contra Tr. defendi, dummodo ne tempus nimis breve constituatur, cum iniuria creditoris, maxime si statutum simpliciter hunc terminum actioni præfigat, nec probationem malæ fidei admittat. Et utcunque possit hic prætendi negligentia quædam creditoris, multa tamen intervenire possunt, veluti peregrinationes, mortes &c. quibus negligentia excusetur.

Et si autem vetus debitum.] Hoc idem quod tempore liberatus, pro eo habeatur qui solvit, pluribus tradidit *th. 2. lit. G.* Idque ita se habet effectu inspecto, cæteroquin secus fuerit, si exceptionis beneficio tantum eum liberari dicamus, de quo agitur infra *disp. 29. th. ult.* Alia quæstio est, an hic bona fides præsumatur, quod in casu brevioris temporis vix, sed post longissimum tempus, facilius admitti potest, de quo pluribus agitur th. 6. Quod autem per ampliationem subiicit Tr. bonam fidem etiam stante dispositione iuris

Can-

Can. ita præſumi, ut nec probatio in contrarium admittatur, procul dubio falſum eſt, niſi oſtendat Tr. quod nunquam oſtendere poterit, præſumptionem hanc eſſe iuris & de iure, & quidem Canonico: & iſta ſententia admiſſa plane eluderetur & ſine effectu eſſet ſanctio iuris Can. ſiquidem poſt tempus à iure civili præfixum in poſſeſſore vel reo ita præſumeretur bona fides, vt actor contrariũ probaturus non audiretur: cum etiam iure civili hæc ſententia falſa eſſe videatur *per l.8.§.1.C.d.præſcr. 30.* *a* *nor.* juxta quam qui poſt 30. annos poſſeſſionem amiſit, ſi mala fide poſſidere inceperit, actionem ad rem petendam non habet.

Lit. L.&M.

Illud hic præcipue quæritur, an ead. temporis præſcriptio Eccleſiæ Romanæ, quæ aliis Eccleſiis obiici poſſit. Et Iuſtin. *in l.ult.C. d. S. S. Eccleſ.* in genere conſtituit, ut contra res civitatum & Eccleſiarum tantum centenaria curreret præſcriptio: ſed idem in *Nov.* 111. ius illud emendavit, & ex cauſis ibi propoſitis præſcriptionem centenariam ad qu dragenalem reduxit, quod idem quoque ſtatuitur *in* N. 131. *cap.6.* quæ ut ex ſubſcriptione colligitur eod. anno promulgata fuit, quo *Nov.* 111. Sed ab hac generali ſanctione communiter exiſtimant Dd. exceptam eſſe eccleſiam Romanam, *in auth. quas actiones. C. d. S. S. Eccleſ. Covarr. in cap. poſſeſſor. part. 2. §. 2. n. 6.* & ipſe Pontifex *in cap. cum vobis 14. d. præſcrip.* etiam civili ſanctione conſtitutum ait, ut Romana Eccleſia 100. annorum præſcriptione gaudeat: non eo ſenſu Romana, quo Romana Catholica dicitur, quo omnes Eccleſiæ ſub Romanam reducuntur, ſed Romana in ſpecie dicta, cuius caput immediatum eſt Papa ſive Epiſcopus Romanus: ad quam ſententiam confirmandam adducitur N. 9. & inde deſumpta *auth. quas actiones C. d. S. S. Eccleſ.* in qua expreſſe ab aliis Eccleſiis excipitur Romana. Sed quicquid etiam ſenſerit Irnerius, verior & Iuſtin. ſententiæ convenientior videtur opinio quam tuetur *Cuiac.5.obſ.5.* quod N. 9. *per d.N.* 111. *&* 131. *c. 6.* ſit correcta, idque duplici ratione: 1. quia ubique ead. militat ratio *d.* N. 111. *in f.* quod propter centum annorum ſpacium multa retractentur negotia, quæ cum nec teſtes nec documenta fere amplius adſint, expediri & extricari non queant. 2. & magis quod Nov. 9. non tantum loquitur de Eccleſia Romana in ſpecie ſic dicta, ſed

de omnibus Ecclesiis Occidentis, quæ fere tum Romanam Ecclesiam agnoscebant: quod probatur ex verbis d. N.9. ibi, *ut ex hac in universas Ecclesias Catholicas, quæ usque ad fretum Oceanum positæ sunt, legis vigor attendatur*: & mox, *sit totius Occidentis nec non & Orientis lex propria &c.* & post *in vers. habeat*, hanc legem totius Occidentis Ecclesiis profuturam: & statim *in vers. hoc habeant*, omnes terræ, omnes insulę totius Occidentis. Neq; obstat quod ibid. fit mentio sedis Apostoli Petri: quoniam hæc sedes Ecclesiarum Occidentis fuit caput.

Quod recte & notabiliter.] Hoc quidem quod præscriptio quadragenalis etiam pro piis causis aliis introducta sit, perspicue probatur *ex Nov.*111.*&* 131.*c.6.*ut hic extensione Dd. non sit opus.

Item res civitatum.] Plane rationes, quibus *in Nov.* 111. sese motum profitetur Iustin. ut præscriptionem centenariam reduceret ad quadragenalem, etiam in rebus civitatum militant: sed tamen video Dd. communiter *in auth. quas actiones C.d.S.S.Eccles.* idem sentire quod Tr. hic, & notare, quod nec ex rationis identitate sit inducenda correctio legum: quamvis hic non difficulter occurri possit, quod ipsa quoque *l. ult. C.d. S.S. Eccles.* quæ centenariam introduxit pręscriptionem sit correctoria iuris antiqui, ut tanto facilius admittendus sit reditus ad ius correctum.

Quo ad collationem.] Satis prolixe hic agit de iure Saxon. & initio ait, duas tantum esse illo iure præscriptiones, ut tamen nihilominus præscriptiones speciales iure civili vel Canon. introductæ in foro illo non sint sublatæ. Quæ sibi contraria videri possint, nisi ita concilies, quod duæ tantum sint illo iure pręscriptiones decretivę & inductivæ, sed plures permissivę: vel quod in regionib. illis non iure Saxon. simplici, sed mixto utantur, ideoq; alias etiam præscriptiones admittant.

Nec regalia Imperatoris.] Ait regalia Imperatoris nec centenaria pręscriptione usucapi, adiectis pro ratione his verbis deß Reichs Schatzkammer/kan sich nimmermehr verschweigen: & porro subijcit, aliud esse in bonis vacantibus sive fisco delatis. Vbi, præterquã quod abutitur verbo usucapionis, & quod non recte ait, *bonis vacantibus sive fisco delatis.* quoniam hoc latius patet, duo insuper notari possunt. 1. quod non satis bene in genere propositum de regalibus, quasi restringit ad tributa, quæ quominus solvant subditi,

nulla

nulla præscriptione effici potest, etiam iure civili *l. 6. C. de præscript. 30. annor.* cæteroquin, ut obiter hoc addamus, circa præscriptionē regalium distinguendum est, tum inter ipsas regalium species, quæ multæ & variæ sunt, tum inter personas, & ipsam qualitatem & cōditionem status sive Reipubl. veluti in Imperio Germanico Principes & status, penes quos alias regalia sunt, facilius etiam contra ipsum Imperatorem alia regalia præscribere possunt. 2. Quod illud subiectum de bonis vacantibus, nihil commune habet cum iure tributorum.

Bona mobilia hereditaria.] Obscurius videri possit, quod bona hereditaria, etiam mobilia, quatenus cohærent hereditati, 30. demum annis præscribi ait, cum præsertim, ut tradit *Zobel. part. 2. differ. 5. & 6.* hereditas iure Saxon. intra annum sit adeunda: nisi forte intelligit præscriptionem talem, qua quis universitatē obtinet, & heredem vindicantem sibi hereditatem, excludit: Licet hic non conveniat, quod d. loc. Zobel. post annum tradit excludi heredē, ad quam tamen propositionem vide limitationes apud *Fach. differ. 11.* ex quo etiam alia explicatio huius rei, de qua hic agit Tr. desumitur, quod ex jure Saxon. distinguendum sit inter res hereditarias mobiles separatim existentes, & rebus immobilibus vel iuribus hereditariis cohærentes, de quo tamen non magna potest esse dubitatio.

Hæc annalis præscriptio.] Non videtur dubitandi ratio, quin præscriptio annalis iure Saxon. locum habeat in utensilibus & rebus expeditoriis, quoniam hæ utique mobiles sunt, & separatim existentes: qua in re parum sibi constare videtur *Fachs. d. differ.* 11. ubi ita disputare videtur, tanquam istæ res jure cohærentium rebus immobilibus censeri possint.

In proponenda actione iniuriarum.] Istud nihil huc pertinet, quoniam simplex est exceptio, & iniuriam quoq; facit Zobel. pro diff. citato *part. 2. differ.* 8. qui non de tempore actionis sed instantiæ loquitur.

Qua & immemorialis dicitur.] Tempus 100. annorum immemoriale dici, notat Cyn. *in l. 2. C. d. servit num. 9.* & communiorem sententiam esse attestatur *Capoll. d. servit. urban. c. 19. n. 4. in f. Francis. Balb. d. præscript. part. 3. princ. part. 2. quæst. 6. n. 4.* faciunt notata à *Mynsing. decad. 11. respons. 8. n. 13. & decad. 13. respons. 3. n. 117.*

THESIS V.

LIT. A.&B.

Possessio req.

Incipit hac th. proponere requisita usucapionis, quorum principale est possessio *l.25.h.t.* de qua actum disp. praeced. Eius adiunctum est continuitas, ut ne possessio sit interrupta, de qua interruptione agitur infra *th.ult.lit.* F. Intelligitur autem continua, non tantum in vna, sed etiam in diversis personis: licet enim summo iure, non ead. sed diversa possessio sit in autore & successore, tamen quoniam citra medium ab uno in alterum res transfertur, placuit temporis accessionem esse, suadente id æquitate, ut est *in l. de access. 14. in pr. d. divers. præscript.* Sunt autem duo genera successorum & autorum singulares & universales, in quibus intio tantum locus videtur fuisse accessioni possessionis, *arg.§. diutina 7. Inst. h.t.* ubi Iustin. ait, diutinam possessionem defuncti, etiam heredi continuari: *& in § seq.* subiicit, quod ex constitutione Seueri & Antonini tempora inter emptorem quoque & venditorem coniungantur. Quin & amplius recte videntur existimare *Hottom. in d. §. diutina, & Cuiac. in l. 14 h.t.* quod olim tantum in præscriptione 10. & 20. annorum accession fuerit locus, non in usucapione, videlicet propter temporis brevitatem *argum. d. § diutina, vers. quod nostra Inst. h.t.* ubi Iustin. testatur se hoc etiam ad usucapionem produxisse: ideoque *Cuiac. d. vers. quod nostra* vult subiici *post §. inter emptorem*, quod scilicet Iustin. quod ante in præscriptione observabatur, etiam in usucapione à se transformata voluerit obtinere: quamvis alij, propter textum generalem *in d. § inter venditorem Inst. h.t. & in l. 2. §. pen. D. pro emptore*, ubi nominatim fit mentio usucapionis quod Iustin. *in d. §.* diutina tractat, restringere malint ad usucapionem rerum mobilium, in qua sola, quoniam anno absolvebatur, non recepta fuerit tēporum coniunctio, hodie autem triennali effecta, admittatur: sibi nisi quis putaverit, Iustin. ut alibi, ita hic quoq; iam olim recepta attribuisse. Sed distinctius de utraque specie successoris videamus: & de emptore textus est *in d. l. 2. § pen. pro emptor. d. § inter 8. Inst. h.t. l. 14. §. 2. d. divers. præscript.* idemque iuris esse in eo, qui ex causa dotis legati vel donationis rem accepit. docet *l. Pomponius 13. §. in*

dote 6. §. *sed* & 10. & §. *seq. d. acquir. possess.* Fit autem accessio, quod & ipsum verbum arguit ei qui possessionem ex iusto titulo accepit *d. l.* 13. §. *pen.* & quidem bona fide, quoniam vitiosæ possessioni non accedit possessio *d. l.* 13. *in* F. & amplius ab eo qui rem bona fide & ipse tenuit, quoniam nec vitiosæ possessionis accessio datur *d. l.* 13. *in* F. cæteroquin possessio vitiosa nocebit ei, qui accessione temporis uti volet, quoniam cū quis utitur adminiculo, ex persona autoris, uti debet cum sua causa suisque vitiis *d. l.* 13. §. 1. *d. acquir. poss.* ei autem successori singulari, qui ex possessione sua computat tempora præscriptionis, modo ipse in bona fide sit, mala fides authoris non nocet, per text. express. *in* §. *quod autem ad eas. Inst. h. t. l. an vitium* 5. *d divers. præscript. l.* 4. C. *d. rei vind.* quod tamen limitavit Iustin. *in* N. 119. *c.* 7. *auth. malæ fidei. C. d. long. temp. præscript.* ita ut alienante malæ fidei possessore, res etiam bona fide accepta non nisi 30. annis præscribi possit: Obiici autem hic solet *l. vitia* 11. C. *d. acquir. possess.* ubi dicitur vitia possessionum à maioribus contracta durare, & successorem autoris sui culpam comitari. Captant hic quidam verba *possessionum vitia*, quasi res ipsa vitio affecta esse intelligatur: Sed præterquam quod etiam propter malam fidem possessio vitiosa dici potest, ut ostendit *Donell.* 5. *comment.* 20. sequentia verba, *culpa auctoris*, hanc responsionem non ferunt. Rectius refertur istud rescriptum, ad successorem & auctorem universalem, quod & arguit verbum, *maiores*: & nihil necessum est, ut cum Donell. d. loc. posteriorem partem dicti rescripti de successore & autore singulari, & de eo qui autoris sui accessione uti velit, explicemus. Magis iam dictis obstare videtur *l. apud Celsum* 4. §. *si quis* 29. *de doli mali except.* ubi dicitur ei qui ex causa legati aut donationis rem vindicet, obstare exceptionem doli ex persona autoris. Neque ut recte notat Accurs. potest ille locus referri ad casum, quo quis accessione autoris sui vult uti, (licet ita eum locum accipiat *Donell.* 5. *comment.* 20. adiecta hac ratione, quod cum ex causa legati res vindicari dicatur, videatur vindicari à successore qua tali non iure proprio) duplici ratione. 1. quia titulus allegatus fuit ad fundandam actionem, non vero, quod tempore autoris sui actor uti vellet. 2. & magis, quia expresse rationem decidendi, sumit ICtus, à qualitate tituli, quod sit lucrativus, cum in oneroso exempto aliud respondisset, *in* §. 27. *eiusdem l.* 4. in quo §. eadem plane species proponitur: nec minus adeo

ibi dici posset, quod actor autoris sui accessione uti voluerit: & ista obiectio eo fortius stringit, quod idem *Vlp. in l. 5. d. divers. praescript.* hac in quaestione inter causam onerosam & lucrativam non distinguit. Plane agitur ibi de casu diverso, ab eo, qui hic tractatur: videlicet donatarij & legatarij vindicantium, quib. ex persona autoris exceptio doli obstare dicitur: aliud fuerit, si contra ipsos possidentes instituatur actio, quo casu procul dubio exceptione praescriptionis defendentur. quae una est conciliatio Accursij *in d. §. 29. l. 4. d. except. dol.* ubi etiam distinguit inter dolum autoris, & simplicem malam fidem.

Successor universalis repraesentat personam defuncti, eod. iure utitur, & ead. cũ illo persona censetur: ex quo fit ut licet heres ignoret rem esse alienam, usucapere nequeat, si defunctus fuit in mala fide: & vice versa licet sciat heres rem alienam esse, usucapiat, modo defunctus fuerit in bona fide, atq; ita qualitas possessionis defuncti noceat & prosit heredi §. *diutina 7. Inst. h. t. l. 4. § heres 15. D. eod. 11. C. d. acq. poss. l. ult. C. commun. d. usucap.* caeteri enim à Tr. citati textus nihil aut parum huc pertinent: nam *in l. 20. & 31. §. 5. h. t.* simpliciter proponitur, modo res ab alio possessa non sit, tempora continuari etiam iacente hereditate, quod confirmatur ex *l. 2. §. 17. & 18. pro emptor. & l. 3. pro herede* loquitur de usucapione quam incipit heres. Caeterum iam dicta, quod vitium defuncti noceat heredi, adeo vera sunt, ut nec heres à sua persona computare volens tempora, audiatur, ut ait Tr. *in vers. imo etsi.* (eam antiquam controversiam inter patres fuisse ait *Cin. in l. 2. C. pro her.* an ubi defunctus fuit in mala fide, usucapi possit pro haerede.) quod & Donell. probat *5. comment. 20. in F. Accurs. in l. nihil C. pro hered.* & est in eam rem textus *in l. cum heres 11. d. divers. praescript.* ubi Accurs. notat, quod exordium spectetur ex persona defuncti: ex quo textu Dd. & post eos *Covarr. in cap. possessor part. 2. §. 9.* inferunt, nec 30. annorum praescriptione heredem se tueri posse: quae tamen sententia vera non esse videtur, tum quia *in d. l. 11.* tantum hoc traditur in usucapione & longi temporis praescriptione, tum quia praescriptio tricennalis tãtum temporis exceptio est, ad quam nec requiritur bona fides. Et idem Covarru. cit. loc. magis postea inclinat in sententiam contrariam, ut etiam iure Can. heres cum bona fide 30. annis praescribat rem, quam mala fide defunctus possedit: quoniam ius

Can.

Can. requirens bonam fidem, eam malam fidem damnet, quæ sit vere talis, & incidat in peccatum: mala autem fides defuncti, quæ hic imputatur heredi, est tantum ficta, nec potest inducere peccatum in persona heredis, qui rem alienam esse ignorat, de quo vide plura apud *Gloss. iuris Can. in cap. cum quis in ius d. reg. iur. in 6. Covarr. d. part. 2. §. 9. Vasq. lib. 2. illustr. controvers. cap. 73. num. 17. Balb. de præscript. part. 3. princip. part. 2. quæst. 12. Castrens. cons. 81. n. 4. & cons. 185. n. 3 vol. 2.* ubi distinguit, an quis usucapiat ut ipse an ut heres. Ex qua distinctione fortassis removeri possit obiectio non levis, quæ contra illud, quod dicitur heredem nec ex sua persona de novo computantem tempora, præscribere posse, movetur ex *l. 33. §. 1. vers. hoc amplius h. t.* ubi dicitur eum qui putat se heredem esse ex iusta causa, non mutare sibi titulum possessionis, sed possidere pro herede: & ergo usucapere poterit: itemque & fortius *in l. pen. pro herede,* ubi dicitur heredẽ usucapere rem, quam putat esse hereditariam, cum revera non esset. Ex quo quidẽ omnino videtur confutari sententia Dd. relata a Covarr. cit. loc. quod rẽ quæ ex causa locati, aut precarij penes defunctũ fuit, heres licet ignorans locatã vel precario concessam, nec 30. quidẽ annis pręscribere possit: quin imo efficitur *ex d. l. pen.* quod ordinario tẽpore res talis usucapi, & ab herede præscriptio incipere possit. Possit hic fortasse, ut dixi ex Paulo Cast. distingui, an heres præscribat ut heres, an ut ipse: ut tamen hoc non à libero arbitrio heredis, sed ab ipsa rerum cõditione pendeat: veluti si defunctus rem habuerit penes se citra ullum titulũ habilem, & tanquã alienam, veluti cõmodatam, depositam, locatam: hoc n. casu, cum nullũ vitium fuerit in defuncto, qui rẽ nec possedit quidẽ, non poterit ẽt nocere hoc heredi, quo minus rem illã tanquam hereditariã, titulo pro herede usucapiat: secus erit si defũctus rem ex causa empti, donati aut alio titulo ad transferendum dominium habili mala fide acceperit, quo casu propter initiũ vitiosum autoris non poterit ulla usucapio in herede invenire locum. Neque obstat, quod hoc casu, plus habuerit iuris defunctus in re, quam illo: vel quia hoc simpliciter verum non est, cũ re evicta malę fidei possessor omnium omnino fructuum nomine teneatur: vel quia ratio iuris hanc inducit diversitatem, quod altero casu vitium defuncti nocet heredi, altero nullum vitium nocere non potest. Minus obstat, quod hoc modo iniqua conditio inferatur ei, qui rem penes

defunctum deposuit, vel ei commodavit aut locavit: etenim hoc fit propter bonam fidem heredis, & titulum supervenientem: & si interesse istud consideremus, nec ille quidem, qui rem talem ab herede bona fide distrahente accepit, usucapere possit, contra textum expressum *in §. unde in rebus. Inst. h. t.* Sed de his, amplius fortassis cogitandum. Atque hæc ad lit. B. Tr. apud quem *in vers. unde inspecto*, non bona est collectio aut illatio: quod alias sequeretur, quod in universali successore hac in re ius est, idem in singulari obtinere debere, quippe quod & huic continuatio temporis datur, à qua ita infert Tr.

LIT. C. & D.

Ait in thesi, requiri possessionem civilem non naturalem: quod explicandum est ex exegesi, quod ista non sufficiat: nam alias civilis cum naturali coniuncta potentior est, veluti vulgo Dd. definiunt naturalem possessionem, quorum opinionem, ut ex citatis apparet, hic sequitur Tr. oblitus explicationis suæ disp. præc. th. 1. ubi naturalis ipsi est malæ fidei possessio, de qua stultum fuerit dubitare an ad usucapionem proficiat vel sufficiat, & ineptum dicere, quod ad usucapionem requiratur. Sed & alio modo accepta naturalis possessio ad usucapionem non sufficit, quoniam, ut notatum disp. præced. th. 1. consistit vel in nuda detentione, vel alias titulo caret, aut est in persona ad usucapiendum inhabili. Et ibid. probatum est, etiam eam possessionem recte civilem dici, quę simpliciter interdictis possessoriis defendatur: quo sensu nec omnis civilis possessio sufficiat ad usucapionem. Porro quæstio practica, cuius meminit lit. c. potius ad lit. D. pertinere videtur, quod non sufficiat naturalis possessio: quoniam hoc proponitur *part. 1. disp. 29. th. 4. lit. c.* quod ubi constat de titulo conductionis, non possit præscribi ius perpetuæ coloniæ licet 30. annis sit præstita pensio uniformis, de qua re ibid. actum est: & tamen id non multum huc pertinet, neq; ab hic traditis decisio eius quæstionis dependet: vel quia colonus nullo modo nec naturaliter quidem proprie loquēdo possidet, vel quia proposita solutione annuæ mercedis, vix præscriptio locum habere potest.

LIT. E. & F.

Iustus titulus.] Causa videlicet habilis ad dominium transferendum,

dum, cuius acquirendi modus est usucapio: estque hoc iure nostro perpetuum, ut idem titulus qui tradente domino, operatur dominium in persona accipientis, operetur ius usucapiendi, si tradente non domino bona fide res accipiatur. Et requiritur, ut titulus revera intervenerit, neque sufficit, ut quis eum intervenisse existimet, *§. error autem 6. Inst. h. t.* nisi iustissimam quis habeat errandi & putandi causam, ut videre licet ex textibus *in l. Celsus 27. l. cum solus 29. l. non solum 33. §. 1. in f. l. iusto errore 44. § filiusfam. 4. in f.* ibi. *non levi præsumptione h. t. l. 11. d. petit. hered. l. quod vulgo 11. pro emptor. l. 1. pro donato l. 6. pro derelicto l. 2. & 3. & 4. pro legato l. 1. § ult. pro dote. l. 3. & l. ult.* §. 1. *pro suo*: atque hinc explicandum est quod Tr. ait in fine lit. F. non interesse, an verus an putativus sit titulus. Quod ead. lit. ex iure Saxo. adducitur de interruptione usucapionis per pignorationem, hinc alienum est, & pertinet ad præscriptionem rerum incorporalium & iurium, vel uti iuris pascendi: in quibus terminis, quia continua possessio non est, facilior est interruptio præscriptionis, per usurpationem libertatis, quæ fit per eiusmodi pignorationem, qua quis fundum suum liberum neque alteri servitutem debere, quodammodo contendit.

LIT. G.

Generalis pro suo.] Falsum esse non dubito, quod hic titulus ut generalis, per se sit habilis ad usucapiendum: quoniam ita consideratus, nihil aliud est nisi accessio aliorum titulorum *l. 1. pro suo.* Sed videtur etiam esse titulus pro suo specialis, quibus casibus alii tituli speciales cessant, & tamen iusta est possessio: veluti ut notat Accurs. *in l. 1. pro suo*, si quis cervum alterius mansuetum, nullius esse putans, capiat, si gemmam alterius ignorans in litore maris reperiat, facit *arg. l. 2. pro suo*, eodemque pertinet species *l. 4. eod. tit.* in casu partus ancillæ furtivæ iuxta not. *supra th. 3. lit. G.* Existimat etiam Cuiac. *in l. 2. pro suo* titulum specialem pro suo esse, si quis putativum habeat titulum, *arg. l. 3. pro suo*, verum aut iniusta putatio est, & cessat usucapio, perinde ac si nullus titulus esset; ut iusta putatio est, & perinde habetur, ac si specialis titulus iustus adesset.

Et patientia.] Quid intelligat hic Tr. per patientiam usucapere permittentis, non satis intelligo, & si ex allegatis iudicandum est, ambiguum plane sensum illa verba habent: nam *in l. 2. C. de servit.*

agitur de præscriptione servitutum, in quibus non opus est titulo, sed eius loco succedit patientia domini, quæ etiam traditionis vice fungitur, de quo actum *supr. part.* 1. *disp.* 17. sed in usucapione rerum corporalium, simplex patientia sine titulo non sufficit. Alio plane sensu *in l.* 28. *d. V. S.* dicitur eum videri alienare qui patitur usucapi, in quo scilicet prætextus est & color permissæ usucapionis, quod qui tamdiu rem suam ad se non revocat, eam alienare videtur: est autem ea non veritas sed fictio.

LIT. H.

An et quomodo valeat praescriptio pro herede? vid. Bach. l. adscrip.

Vel speciali.] Sub horum numerum refert titulum pro successione: quomodo non loquuntur ICti, sed *pro herede*, eod. sensu, quo, *pro emptore*. Sunt autem hæc verba, *pro herede*, homonyma: & petitio hereditatis dicitur dari contra eum, qui possidet pro herede, i. e. qui se asserit successorem universalem defuncti, & rem vere hereditariam possidet: quo sensu nulla usucapio est, per quā videlicet quis efficiatur heres: sed pro herede dicitur usucapi res singularis, quā quis, cum aliena esset, hereditariam esse putavit: sive revera heres fuerit *l. pen. pro hered.* sive ex iusta causa heredem se esse putaverit *leg.* 33. §. 1. *vers. hoc amplius d. usucap.* & hoc demum sensu titul. pro herede verus titulus est habilis ad usucapiendum. Ubi tamen nō levem scrupulum movet, quod rescriptum est *in l. ult. C. d. usucap. pro hered.* non præcedente vero titulo usucapionem procedere non posse, nec tenenti nec heredi, neq; obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentionem lōgi temporis spatio posse absumi: & si igitur nulla est usucapio eius rei quam quis prætendit hereditariam fuisse, nulla erit etiam usucapio pro herede. Atquin aut res fuit defuncti, & frustra quæritur de usucapione, aut mala fide sive bona possessa à defuncto, & iuxta prædicta, in persona heredis ius usucapiendi æstimatur ex persona defuncti: adeoque aut nulla erit usucapio pro herede, aut erit in re, quam penes defunctum simpliciter existentem, heres bona fide tanquam hereditariam possidere & usucapere incipit, titulo speciali & singulari, qui ab & in defuncto non cæpit aut fuit: cuiusmodi titulum & causam possidenti & usucapiendi plerosque admisisse ait ICtus *in d. l. pen. pro herede*, eaq; non admissa, inepti & falsi essent tituli Cod. & Dig. pro hered. Et igitur *d. l. ult. C. pro herede* vel accipienda erit de eo qui se falso obtendit heredem,

redem, cum non esset, velut hoc explicat ibid. Accurs. vel qui simpliciter obtēdit rem hereditariam, cum eā antea tenuisset ex causa ad usucapionem inhabili, & ita possessionis titulum sibi vult mutare, ut in specie *l. 2. §. 1. pro herede*. Posito igitur hoc titulo usucapiendi, recte videtur inferri cum Tr. quod etiam sui ita usucapere possint cum absurdum sit his negare, quod extraneis concessum est. Et ex iam dictis apparet, ineptam esse rationem, qua in contrarium movetur *Accurs. in d. l. 2. C. pro hered.* quod sui vivo patre domini censeantur, sicut & in eo fallaciam diversæ quæstionis committunt Dd. dum hæc confundunt, suos non posse usucapere pro herede, quod falsum est: & suis existentibus non posse quid pro herede usucapi, quod verum est, & traditum *in d. l. 2. C. pro hered.* cum enim sui ipsa potestate iuris in solidum sint heredes, nō potest alius pro herede se gerere aut usucapere: & quemadmodum eo vivente de cuius bonis quæritur, nulla pro herede usucapio esse potest, ita quamdiu sui heredes existunt, quorum potissima causa est, usucapionem hanc in aliis cessare oportet: veluti recte *d. l. 2. C. pro hered.* explicatur *à Vaud. lib. 1. quæst.* 4. ubi recte addit, quod *d. l.* proprie accipienda sit de successione ab intestato, alioquin dubiū non est, suo heredi extraneum datum coheredem, hoc modo usucapere posse: adde pro hac sententia quæ tradunt *Fachin. 6. controvers.* 11. *Forcat. dial. 36. Ant. Fab. decad. 32. err. 5 pag. 361. facit l. 2. C. unde liberi.* ubi dicitur existente filio suo herede, neminem heredē existere posse. Sed obicitur à *Donell. 5. comment. 14.* quod suo heredi nulla possit supervenire nova causa possidendi, cū per mortem patris tantum libera administratio suis accessisse videatur, *l. 11. d. liber. & posth.* Sed respōdeo tum ꝙ ista continuatio dominij fictio sit nō veritas, tū ꝙ pertineat ad ea quæ sunt iuris, non facti, cuiusmodi est possessio, tū præcipue quod ad ea pertinere non possit, in quib. defunctus pater nullum ius habuit, in quib. adeo non minus suis q̃ extraneis heredib. nova possidēdi causa supervenire potest. Magis obstare videtur ꝙ traditur *in l. 2. §. ult.* filiū non posse usucapere rē sibi donatā à patre: cum tamen nihil impedire videatur, si quidē præmissa vera sunt, quo minus hac in re titulo pro herede sit locus. Sed dici pōt, ꝙ pater, dū rē, in qua ius nō habet, filio ꝑ donationē tradit, hoc ipso sibi ei⁹ possessionē asserere, eāq; domino intervertere velle videatur, vt ꝓinde vitiū patris hic noceat filio, q nō pōt incipere possidere ꝓ herede,

speciali

ſpeciali ratione, quod cauſam poſſeſſionis nec naturalis quidē ſibi mutare licet, ad quam quæſtionem tractationem *d.* §.*ult.* pertinere, apparet ex §.*præced.* & forte in conſiderationem etiam ibi veniunt perſonæ coheredum, quos filius accepit.

Nec in omni præſcriptione.] Imo in omni, quæ uſucapionis effectum habet, ſed non in ea, quæ inſtar exceptionis opponitur actioni, cuiuſmodi etiam eſt 30. annorum. Et hoc tamen dupliciter limitandum aut explicandum eſt. 1. niſi alienans fuerit in mala fide, quo caſu in locum longæ præſcriptionis ſubrogata eſt tricennalis *auth. malæ fidei C. d. long. temp. præſcript.* quæ adeo illius iure cenſebitur. 2. ut non ſit opus ad excipiendum, ſed ad agendum, ſi quis forte amiſerit poſſeſſionē *per l.* 8. §. 1. *C. d. præſcript.* 30 *annor.* ubi ad effectum agendi etiam in præſcriptione 30. annorum requiritur bona fides, quæ vix ſine titulo vel vero vel putativo eſſe poteſt. Plane in præſcriptione immemoriali, quæ privilegij inſtar eſſe dicitur, ſolus temporis curſus ſufficit.

Non in rebus Eccleſiæ.] Dicere potius debebat, nec in rebus Eccleſiæ: quoniam hoc ſolum ſpeciale Eccleſiæ habent, ut longius tempus deſideretur, non etiam quoad titulum vel bonam fidem. Et haud ſcio, an excipiendę ſint decimæ, ut putat Tr. quoniam *in cap.* 1. quod à Tr. citatur *d. præſcript. in* 6. hoc videtur eſſe ſingulare, quod decimas Epiſcopus in diœceſi ſe præſcripſiſſe dicebat, eoque ut ibi Pontifex ait, militabat contra eum præſumptio, propter quam tituli probatione gravandus videbatur.

An ad ſervitutes.] De hac quæſtione, an in præſcriptione ſervitutum opus ſit titulo aut ſcientia domini, actum eſt loco à Tr. citato *ſupra part.* 1. *diſp.* 17. *th.* 9.

Tandem ex poſſeſſione ſine titulo.] In poſſeſſione longi vel minoris temporis res videtur aperta; nec ſatis animadverto, quis ſit effectus communis opinionis, quam refert & ſequitur *Balb. in repet. l. Celſus* 27. *h. t. part.* 3. *nu.* 9. (licet multos ibi diſſ. etiam adducat) quod indiſtincte & ſimpliciter ex poſſeſſione etiam ſine titulo bona fides præſumatur: ſiquidem ſive ipſe agat dominus contra poſſidentem, ſive amiſſa poſſeſſione, priſtinus hic poſſeſſor agat, probāda ſit bona fides, ut proinde iſtius præſumptionis exiguus, imo nullus ſit futurus effectus. Sed recte admittitur hæc ſententia in præſcriptione longiſſimi temporis, ex quo etiam in dubio dominium probatur,

quod

quod etiam loco tituli est, & præsumptionē merito pro possessore facit, per tradita à *Tiraq.d.præscript.§.1.gl.4.vers.decimo quinto. Cravett. d.antiquit.temp.p.1.vers.ampliatur num.8. Menoch.2.arbitr.1.casu 3.Masc. concl.103.num.12.& concl.546.num.14.& concl.535.nu.5.& concl. 539. num.2. Wesemb.cons.5.num.7.& 25.Crav.d.tr.p.1.vers.quæritur num.41. & p.4.vers.materia num.4.17.20.Alex.vol.2.cons.151.num. 7. Salic.in l. fin.C.unde vi.latiss.Vasq.2.ill.contr.c.70.& 73.num.6.& c.81.num.4.Covarr.in c.possessor.d.R.I.in 6.p.2.§.8.num.3.Bart.in d.l.fin.C.unde vi. Vasq. c.79.num.18.Ioh.Fab.in §.omnium Inst.d.act.in F. Crav. d. tr.p.3.vers.vidimus.num.28.Vasq.2.contr.ill.61.num.7.Balb.d.præscript.p.3.princ.p. 2. q.6.nu.*10.*Covarr.d.p.2.§.5.n.*2.add.notata *th seq.lit.d. & Alciat.reg.3. præs.5.*

THESIS VI.

LIT. A.&B.

Denique, inquit Tr. & bona fides desideratur. quod fortassis rectius, sicut & titulus, ad requisitum possessionis referatur: quoniam requiritur possessio non simplex, sed qualificata, titulo scilicet & bona fide ornata: quod hic ipse Tr. agnoscit, dum sine bona fide omnem possessionem improbam esse affirmat: videlicet in hac materia ad effectum acquirendi, nam alias quædam possessiones cum scientià rei alienæ coniunctæ, iustæ sunt, ut notatum disput. præced. aut bona fides ambigue esset accipienda. Hic autem bona fides & rectius positive definitur, quod sit iusta opinio, qua quis existimat rem esse suam: quæ scilicet requiritur in usucapione in specie dicta seu longi temporis præscriptione, non longissimi, ut Tr. hic ait, quod ex dictis ad fin.th.præced. explicandum & limitandum est. Et requiritur bona fides non continua, sed quæ initio tantum adsit & tempore apprehensæ possessionis, & insuper in emptione tempore contractus *l.si existimans 48.h.t.l.2.in F. pro emptore*, ubi ICtus distinguit emptionem à stipulatione. ex cuius causa sufficiat tempore traditionis adesse bonam fidem, licet tempore promissionis rem quis sciverit alienam: cuius differentiæ ratio esse videtur, nō quod, ut Accurs. ad *d.l.2.* scribit, contractus emptionis frequentior sit, quę ratio non concludit, neque minus frequens stipulatio fuisse videtur: sed fortassis, quod causa emptionis magis est connexa & cōiū-

ab initio adsit bona fides

Aut in latione utrisque duo tempora inspici debeant. S.

cta traditioni, quam stipulationis, quæ utpote aliorum contractuũ accessio per se traditionis causa esse non videtur. Cæterum huic sententiæ, quod in emptione duobus temporib. oporteat adesse bonam fidem, duo textus obiiciuntur. 1. *in l. si aliena 10. in pr. h. t.* ubi dicitur quod in emptione traditionis tempus sit spectandum. Responderi hic utcumque potest, illud *in d. l.* 10. quæsitum fuisse, an sufficiat tempore emptionis contractæ bonam fidem adfuisse, ideoque Accurs. ibi subaudit, verbum, *etiam*, licet ista responsio vix mihi satisfaciat, quod vix credam dubitatum fuisse inter ICtos, an sufficiat solum tempus contractus, siquidem non per contractum, sed per traditionem demum possessio, quæ usucapionis est fundamentum, & à qua demum incipit usucapio, transfertur: ut iustum initium dici non possit, si tempore contractus saltẽ adfuerit bona fides. 2. obstat *lex 7. §. qui bona, pro empt.* ubi ICtus negat eũ usucapere posse, qui fundi quem bona fide acceperat, interruptam possessionem mala fide recuperavit, neque similem ei esse dicit, qui emptionis tempore putat fundum vendentis esse, sed cum traditur scit esse alienum: qui casus, cum comparentur ad effectum usucapiendi, siquidem hic illi non est similis, sequitur hunc usucapere, eoque sufficere tempore contractus intercedere bonam fidem. Sed Florentina lectio in vitio hic esse videtur, & rectior vulgata & Haloandri, *nec dissimilis*: quoniam ut iam dictum improbabilis ista opinio est, ut sufficiat bona fides tempore contractus: quamvis ei color fortassis addi possit, & eam fuisse quorundam sententiam colligi videatur ex *d. l.* 10. *h. t.*

Præscriptio immemorialis Regalia praescribuntur.

Vt hac etiam præscribantur.] Ait quod tempore immemoriali etiam præscribantur res principi in signum supremæ potestatis reservatæ. Non pauci interpretum requirunt ad hoc scientiam principis, quos refert *Balb. d. præscript. part. 5. princip. part. 2. in princip. numer. 2. & quæst. 4. in princip.* ubi tamen communius teneri tradit solum istius temporis cursum sufficere: quod admitti potest in statu monarchico mixto, & in personis habilibus, veluti sunt principes Germaniæ, qua de re hic agendi locus non est.

Illa sententia omnino recipienda est, quod contra præscriptionem 100. annorum, non sit admittenda probatio in contrarium, ut recte tradit *Mynsing. cent. 1. obs. 30.* quippe cum sit loco

loco privilegii & concessionis specialis, & intersit reipubl. ut tandem sit aliquis controversiarum finis, nec negotia quasi sopita post centum annos retractentur, eoque bene facit *Nov.* 111. ubi his & simlibus de causis Iustin. profitetur se commotum fuisse, ut abrogaret centenariam præscriptionem antea Ecclesiis concessam.

At ius Canon.] Nota hæc est sententia iuris Canon. *ex cap. possessor. d. reg. iur. in 6. cap. ult. d. præscript.* & ita communissime tradunt Dd. quod cum mala fide, nec 100. annis nec per annorum millia, nec in æternum iure Canon. præscribatur: & ita quidem ut per ius Canon. iuri civili derogatum, & ius Can. etiam in foro civili observandum esse statuant, ut videre est ex traditis *à Balb. part. 3. princ. part. 2. quæst. 12. numer. 11. & seqq. Salicet. in leg. 3. Codic. d. præscript. 30. annor. Wesembec. consil. 4. numer. 62. & consil. 60. numer. 9. & 11. Cravett. d. antiquit. temp. part. 4. vers. materia. numer. 19. Vasq. 2. illustr. controvers. cap. 79. numer. 19. & cap. 81. numer. 10. Pinell. in authent. nisi tricennalis. Cod. d. bon. matern. num. 56. Fachin. 1. controvers. 63. Rosenth. d. feud. cap. 6. conclus. 77. numero nono.* apud quos plures allegantur: quamvis non defuerint, qui hanc opinionem utpote totum usucapionum ius bono publico introductum, destruentem, non putaverint servandam in foro civili, licet possessorem in foro conscientiæ ad restitutionem obligatum esse dixerint, cuius sententiæ autores refert *Covarr. in d. cap. possessor. part. 2. §. 11. numer. 5.* Alii ius Canon. restringunt ad præscriptionem, quæ procedit ex facto possidentis, ut secus sit in ea, quæ procedit ex negligentia agentis, veluti in actionibus personalibus, licet communis opinio sit in contrarium, de qua re tractant *Balb. d. præscript. part. 3. princip. part. 2. quæst. 13. Vasq. 2. illustr. controversiarum 76. Wesembec. consil. 5. numer.* 31. Sed utcunque sit, ita temperanda erit sententia iuris Canon. ut procedat in casu, quo manifesto de mala fide constat, cæterum, ut ante dictum, post 30. annos in dubio præsumitur bona fides; & si excesserint 100. anni, ut tandem finis litium sit, præsumptio illa debet censeri iuris & de iure, nec admitti probatio in contrarium, ut recte tradunt paulo ante cit. *Mynsing. 1. obs. 39. & alij relati à Balb. d. part. 3. princip. part. 2. quæst. 6. n. 18. 19. & 20.* licet ipse Balb. male dissentiat, & post centum quoq;

annos probationem malæ fidei admittat. Quæ continentur sub lit. B. quod sufficiat bonam fidem initio intervenire, & quod in emptione duobus temporibus requiratur, iam satis explicata sunt.

LIT. C.

Non obstante mala fide superveniente.] Hoc iam dixerat lit. præced. hac autem lit. eius, quod non noceat mala fides superveniens, hanc reddit ratione͂ quod nemo possit sibi mutare causam possessionis. Quæ ratio inepta videtur. 1. quia per illam iuris regulam significatur mutatio tituli, qui omnino à bona vel mala fide diversus est. 2. quoniam ex ista ratione efficeretur, eum qui bona fide possidere cæpit, non posse postea mala fide possidere: quod verum non est, quin nec ullo modo ita offenditur superior regula: quoniam ex scientia superveniente, qualitas possessionis mutatur, propter quam mutatam, cur non interrumpatur usucapio, ratio nulla videtur, nisi ab ipso iure ita scripto, quod cum tempora certa præscripserit usucapioni, etiam ex tempore certo voluit æstimari bonam fidem.

At ius Canon.] Ratio est quoniam hoc jure cum mala fide usucapio nec incipit nec currit: quid autem de tempore immemoriali statui debeat: paulo ante explicatum est.

Completa vero usucapione.] Quæstio hæc elegans & duplex est 1. an superveniente mala fide post impletam usucapionem possessor sit tutus iure Canon. 2. an iisdem terminis positis sit securus iure poli & in foro conscientiæ. Hoc posito prout hoc ponit Tr. sequitur & prius, & consequenter utramque quæstionem Tr. affirmat. Et quidem, quod mala fide post perfectam iure civili usucapionem superveniente, possessor jure Can. sit tutus, communis & recepta magis est sententia, per tradita à *Balb. d. præscript. part. 3. princ. part.* 2. ubi de mala & bona fide *quæst. 7. & 9.* ubi hanc esse ait communem sententiam Canonistarum late *Covarr. in cap. possessor. part. 3. §. 2. Vasq. 2. controvers. 74. Wesemb. cons. 5. num. 26.* Quo posito & admisso, hoc fieri citra periculu͂ peccati, ut res ab eo qui post impletam usucapionem eam alienam esse rescivit, retineatur, defendi posse etiam puto, quod etiam citra periculum peccati superveniens mala fides non interrumpat currentem adhuc usucapionem. Quoniam, ut constat, lege civili definiri limitari & ampliari præscriptionum

prionum tēpora possunt. Exempli causa: tempora præscriptionum in reb. immobilibus, hodie sunt decē & viginti anni inter præsentes aut absentes, cuius absentiæ vel præsentiæ qualitas non tollit aut variat peccatum: & si igitur absenti post annos 19. superveniat mala fides, alteri perfecta usucapione anno undecimo, quilibet animadvertit, non convenire simplicitati & veritati, ut hic securus sit, ille non sit. Fingamus à principe tēpora usucapionum minui, & quinquennio concludi: fiet ita, ut qui ante novam constitutionem non erat securus, cum ei supervenisset mala fides nono anno, hodie sit securus, si sexto anno sciat rem esse alienam. Ita ex iure antiquo usucapio rei immobilis absolvebatur biennio, quod ius si non mutasset Iustin. cui tertio anno supervenit mala fides, fuisset securus, qui hodie securus non sit, si superveniat anno decimo nono. Quæ inconstanter & absurde dici, cuivis perspicuum est, & si canones vel eorum interpretes sibi constare volent, nec perfecta mero jure civili usucapione, superveniente mala fide, possessorem securum esse, ipsis defendendum erit: quia peccati ratio, quam se considerare profitetur, ius Canonicum, omnibus istis casibus eadem est. Eod. modo disputari potest ad quæstionem secundam in qua statuit Tr. etiam in foro conscientiæ securum esse, cui post usucapionem impletam supervenit mala fides: quæ sententia iisdē rationibus evertitur: & ita insuper concludere licet; quod si definitio temporis a lege civili introducta, securum facit possessorem in foro conscientiæ: ergo etiam fecit olim securum cum præscriptio esset anni vel biennij: atqui consequens est falsum, ergo & antecedens. Ratio consequentiæ est, quoniam ead. lex civilis in genere, temporum illorum est causa inductiva, & forum iusque conscientiæ perpetuo idem est constans & immobile: ex quo probatur etiam assumptum, tum vero, amplius quod Iustin. brevitatem iuris antiqui arguit iniquitatis, quod domini maturius rebus suis defraudarentur: ut proinde possessor ex sententia Iustiniani in foro conscientiæ non potuerit esse securus. Et quamvis animadvertam plus æquitatis videri militare in casu usucapionis longioris, attamen cum illa temporum determinatio sit arbitraria: neque ead. omnibus dominis possit obiici negligentia, in qua est prætextus usucapionum, nec viginti quidem annorum spacium sufficere poterit ad præstandam securitatem conscientiæ: & ineptum sit dicere, eum cui forte postre-

An in foro conscientiæ usucapiens sit tutus?

mo mense anni vicesimi supervenit mala fides, teneri ad restituendum in foro conscientiæ, non autem teneri, cui paucis post diebus supervenit. Et nimirum forum conscientiæ legibus politicis non gubernatur, neq; lex mere positiva præstare aliquem tutum in foro conscientiæ potest: veluti qui ex testamento imperfecto sciens voluntatem defuncti non præstat legata, jure civili tutus est, sed non jure poli, ut contra Tr. probavimus *disp. 10. th. 5. lit. A.*

Dubitantem.] Ait Tr. quod dubitans præscribat, & ita perinde habeatur, ac si bonæ fidei possessor esset. Sed ego contrarium & communem Dd. opinionem veram esse non dubito, propter regulam iuris, dubitantes pro errantibus haberi: & sicut igitur error falsæ causæ usucapionem non parit §. *error. Inst. h. t.* ita nec error circa opinionem dominii, & dubitatio de bona sua fide, siquidem hic qui ambigit an dominus sit nec ne, non potest dici possidere opinione domini, quod ad usucapionem necessarium est. Et facit huc, quod nulla alia de causa per litis contestationem interrumpitur usucapio, nisi quod per eam possessor incipit vacillare & dubitare de iure suo *l. nemo. 10. Cod. d. acquir. possess. leg. 2. Cod. d. annal. except.*

LIT. D.

Ait in thesi bonam fidem præsumi donec probetur contrarium: quod non probatur ex *cap. ult. d. præsumpt.* ex quo in terminis diversissimis præsumitur idoneam esse personam. Non etiam satis per *l. pen. C. d. evict.* cuius species hæc est. Emerat quis à matre Titii, cui successerat Titius, servum, & stipulatione dupli sibi de evictione caverat. Postea re evicta à domino agit nomine evictionis contra Titium venditricis heredem, qui emptorem exceptione malæ fidei repellere conatur, quoniam ei qui sciens rem alienam emit, actionem pro evictione non dari constat. Respondent Impp. malam fidem ex hoc solo quod emptor duplum stipulatus est, non probari: eoque hoc efficitur ex *d. l. pen.* ad excludendam actionem de evictione malæ fidei probationem incumbere venditoris heredi. Aliud autem videtur, si quis vel contra dominum pristinum vindicantem excipiendo se defendere, vel amissa possessione, rem tanquam usucaptam vindicare velit: quo casu cum usucapio sine bona fide non procedat, eius probatio ipsi incumbere non immerito

rito videri possit. Sed tamen alia ratio tituli alia bonæ fidei est: & illum omnino probari oportet, hanc autem, cum sit animi, ex titulo præsumi humanius est, cum etiam vulgo quilibet præsumatur bonus, mala autem fides inducit delictum: ideoq; indiciis contrariis bonæ fidei præsumptio elidenda erit, de cuiusmodi indiciis tractat *Menoch. 2. arbit. cas.* 225. & istam opinionem de præsumenda bona fide, bene confirmat *Alciat. d. præsumpt. reg.* 3. *præsumpt.* 5. ut proinde tanto magis iuxta ante dicta hoc operari debeat præscriptio 30. annorum, in quibus terminis loquitur *Pinell. in aut. nisi tricennalis. C. d. bon. matern. n.* 12. *& constitutio tertia Augusti part.* 2.

Hic quæri solet.] Affirmat indistincte Tr. quod per denunciationem extraiudicialẽ introducatur mala fides: quod nõ satis probatur ex *l.* 17. *C. d. rei vind.* ubi denuntiatio interposita fuit tẽpore contractus, & ita antecessit adeptam possessionẽ: quod secus esse ratio suadet, ubi ei denunciatum est, qui aliquanto tempore fuit in possessione, quem ob hoc solum in mala fide constitui, fuerit absurdum, nisi concurrant quædam alia, & ita sit qualificata denunciatio, ut merito dubiam possit facere opinionem & animum possessoris: de cuiusmodi denũtiatione accipi potest citata à Tr. *l.* 20. §. 11. *d. petit. hered.* quamvis & facilius scire quis possit ius, tum suum tum denuntiantis in causa hereditaria, quam in causa vindicationis singularis, quod præsertim fere propria autoritate hereditas apprehẽdi solet. Accedit & hoc speciale, quod cum SCtum valde clemẽter agat cum possessore hereditatis, ita ut bona fide quidvis agere & donare etiam possit, tanto facilius etiam voluit in dubiũ vocari ius hereditarium, ut ex tẽpore denuntiationis, statim de fructibus & usuris &c. teneatur, ne vero fortassis heredi iniuria fiat. Quin & in specie *dict. leg.* 20. §. 11. *d. petit. hered.* videtur agi de tali denuntiatione, quam mox sequuta sit actionis institutio: quibus terminis positis, etiam in casu factæ denuntiationis possessori singulari, admitti possit, ut ab eo tempore evicta postea re, de fructibus teneatur: hic enim videtur istius sententiæ esse effectus idemque ab hac materia alienior, quod alias per supervenientem malam fidem usucapio non interrumpatur: nisi forte Tr. hanc quæstionem tractat ex jure Can. quo bonam fidem continuati oportet: quæ tamen sententia cum rigida satis sit, tanto magis contra Tr. defendam, quod nuda & simplex interpellatio ad effectum

interrumpendi usucapionem, malam fidem non inducat. Non erraverit fortassis, qui hic arbitrio iudicis plurimum tribuẽdum existimaverit. Etenim illud vix probare possum, quod *Pinell. in auth. nisi tricennalis C. d. bon matern. num.* 16. indistincte negat, per denuntiationem, etiam quæ antegressa est possessionis apprehensionem, induci malam fidem. Nec quicquam pro eo facit *l. si maior. C. d. rescind. vend.* vel quia ibi constabat denuntiantem nõ esse dominum: Vel quia quæritur de effectu singulari denuntiationis, ut & emptio constituatur irrita, & altera pars altera invita eam retractare possit. Non etiam facit, quod denuntians loquitur ad suum commodum; quoniam hoc non obstante hoc operari potest, ut dubiũ faciat animum possessoris. Nihil etiam facit *l. si quis* 13. *in pr. depositi*, ubi negatur esse in dolo, qui non restituit rem depositam ei quem ignorabat procuratorem, ad eum scilicet effectum, ut teneatur actione dupli.

THESIS VII.

LIT. A.

Finis bonum publicum.] Hoc inter alia in eo positum esse docet, ut litium tollatur immortalitas, Quod ambigue dicitur, quoniam alias magis proprie loquendo lites institutæ dicuntur vivere vel mori, ad quarum iam currentium citiorem expeditionem nihil facit ius usucapionum.

Omni igitur iuri & æquitati.] Parum hoc convenit cum eo quod præced. th. standum omnino esse dixit iure Canon. quod tamẽ totum fere usucapionũ ius evertit, & ita bono publico contrariatur. Et ex adverso si usucapio iure civili cum mala fide currens nutrit peccatum, nullo modo poterit omni iuri & æquitati consentanea perhiberi. Quin amplius absolute cõsiderata usucapio, videtur habere aliquid iniquitatis, propter quam in Nov. 9. impium præsidium appellatur, quippe quod per eam domino res sua auferatur: illud enim fictionis non veritatis est, quod alienare videatur, qui rem suam usucapi patitur *l.* 28. *d. V. S.* quæ fictio iure veteri sub illa brevitate temporis minus fuit tolerabilis, quam brevitatem cum ipse Iustin. arguat iniquitatis, & tamen iure quoque veteri prætex-

tus

tus hic boni publici fuerit, *l.1.h.t.* conſequitur neceſſario, quod bonum illud publicum non ſufficiat, ut inde uſucapionem omni iuri & æquitati conſentaneam ſtatuamus. Productis autem temporibus, minus ab æquitate abire uſucapionem non male ſtatuemus, concurrente bono publico, propter cuius adiunctionem aliquid per ſe non æquum, fieri poſſe æquum, ex Ludovico Molin. oſtendimus ſupra *part.1.diſp.1.th.2.lit.B.* Quod autem ait, omni æquitati & juri convenire, per exaggerationem quandam dictum videtur, quoniam uſucapionem iuris civilis eſſe conſtat: vide de hac re etiam *Pinell. in auth. niſi tricennalis* C. *d. bon. matern. n.39.*

Adeo ut iudex.] Quod iudex præſcriptionis, de qua ſatem ex actis conſtat rationem habere poſſit, pertinet ad tractationem *l. un.* C. *ut quæ deſunt advoc.* an & quatenus aliquid à iudice ſuppleri poſſit: ſiquidem regulare eſt, ut quiſque reus exceptiones ſuas proponat, & deſuper ſe abſolvi petat, qua de re alibi tractatur. Plane facilius hoc quod Tr. ait, admitti poterit in præſcriptione quæ proponitur per modum ſimplicis exceptionis, & fundatur in ſola negligentia actoris, & tollit actionem ſine conſideratione tituli & bonæ fidei: cæteroquin ſi ſimpliciter ex actis de lapſu 10. aut 20. annorum conſtet, non poterit iudex abſolvere reum, niſi ſimul utrumq; hoc & titulus & bona fides ex iiſdem actis iudici liquido ſatis innoteſcant.

Adeo ut ne quidem.] Otioſa & odioſa eſt toties iterata eiuſd. quæſtionis repetitio, de non concedenda reſtitutione ex cauſa ignorantiæ, quam ſupra hac ipſa diſp. propoſuit *th.3. in fin.* & duobus locis aliis, quo ſe ipſe remittit.

Lit. B.

Adiicit poſſeſſori dominium.] Pinell. *in auth. niſi tricennalis* C. *d. bon. matern. n.36.* hanc refert communem Dd. Italorum Citramontanorum opinionem quod uſucapione quidem rerum mobilium acquiratur dominium directum, ſed per præſcriptionem immobilium utile tantum. Sed idem teſtatur, quod poſt Martin. Dd. Galli Vltramõtani, & aliquot etiam Itali indiſtincte ſtatuerint, quod per præſcriptiones & in rebus etiam immobilib. directum dominium acquiratur: quin imo *Angelus ad pr. Inſt. h. t. in fin.* ſimpliciter hanc communem opinionem Dd. eſſe affirmat. Res ita ſe habet, ut iure veteri per uſucapionem tantum acquiſitum fuerit dominium dire-

ctum, seu potius plenum & quiritarium, adeoque in rebus mobilibus ubiq; immobilibus Italici tantum soli: præscriptione autem in prædiis provincialibus tantum ius quoddam dominio proximum, ex quo possidenti exceptio, & amissa possessione utilis actio nascebatur, ut explicatum est supra th. 1. Sed postquam Iustin. differentiam illam prædiorum soli Italici & provincialis, & distinctionem quoq; dominij bonitarii & quiritarii sustulit, & confuso iure usucapionis & longi temporis præscriptionis, eand. rationem acquirendi in provinciis & Italia esse voluit §. *per traditionẽ* 41. *Inst. d. acq. rer. dom. in pr. Inst. h. t. l. un. C. d. usucap. transform. l ult. C. d. long. temp. præscrip. l. un. C. d. nudo iure quirit. toll.* consequenter omnino admittendum est, quod etiam præscriptione 10. & 20. annorum, etiam rerum immobilium ex iure Iustinianeo plenum & absolutum dominium acquiratur. Circa prę scriptionem 30. annorum procul dubio & magis idem obtinet, nisi mala fide cæpta fuerit præscriptio, quo casu Iustin. tantum exceptionem non etiam amissa possessione actionem concessit *l. 8. §. 1. C. d. præscript. 30. annor.*

Non admissa distinctione.] Nimio & intempestivo odio prosequutus est Tr. vulgatam Dd. distinctionem dominii in directum & utile, quam passim captata quacunq; occasione insectatur: & eam tamen nec absurdam nec ineptam esse, ostendimus supra *part. 1. disp. 15. th. 1.* quæstio enim hinc aliena est.

Neque huiusmodi dominium.] Hęc quoque quæstio, an princeps dominium iure gent. vel civili subdito quæsitum, auferre possit, hinc aliena est, de qua tractatur supra *part. 1. disp. 1. th. 5. lit. H.*

LIT. C. & D.

Parit exceptionem litis finitæ.] De exceptionibus privilegiatis, quæ litis finitæ, & litis ingressum impedire dicuntur, agitur infra *disp. 26. th. 8.*

Obligationem tollit.] An præscriptio ipso iure vel ope exceptionis liberet, videbimus *infra disp. 29. th. ult.*

LIT. E.

Iustum titulum inducit.] Hoc quidem verum esse non potest, quoniam ut ipse Tr. docet supra th. 5. lit. E. iustus titulus est necessaria

ria

ria qualitas possessionis, quæ constituit usucapionem: & adeo titulus, non sequitur usucapionem tanquam effectus, sed eam antecedit. Cæterum in præscriptione 30. 40. vel amplius annorum, ubi titulo opus non est, ita ius obtinet, ut post tanti temporis decursum titulus præsumatur, ita ut eius probatione possessor non gravetur, in quibus terminis loquuntur citati textus *in cap. de quarta, d. præscript. & cap. 1. eod. in 6.* secundum quæ hactenus tantum vera est Tr. assertio, ut ex tanti temporis præscriptione præsumptio tituli inducatur.

LIT. F.

Vsucapioni contraria interpellatio.] Quæ usurpatio dicitur *l. 2. in pr. h. t.* alio sensu quam alias, & ut *in d. l. 2.* dicitur, apud oratores frequentem usum significat. Et tamen existimo etiam hic non prorsus degenerare hoc verbum usurpationis, sed in specie significare interruptionem per contrarium usum alterius, quo alterius possessio & usus interpellatur: velut ita ex l. 12. tabb. uxor quę usu accepta dicebatur per usucapionem anni in manum mariti transibat, nisi trinoctio abfuisset à marito, penes parentes vel proximos, qui hoc modo usucapionem mariti interpellabant, ut tractatum supra *disp. 6. th 5. lit. A.*

Interruptio hoc efficit.] Hunc effectum interruptioni tribuit, ut per eam pristina usucapio cępta ad nihilum redigatur, & ea post iterum adeptam possessionem de novo sit auspicanda. Hoc ideo vitiose, quia de genere interruptionis proponitur, & ex duabus eius subiectis speciebus tantum naturali interruptioni convenit: quoniam non potest esse continuatio possessionis quæ requiritur, *l. 23. & 5. h. t.* ubi res interim & aliquo intermedio tempore ab alio possessa fuit. Quod, de cõtinuatione cum in genere tradatur, recte Accurs. quod *in l. nunquam 31. §. 1. h. t.* de rebus mobilibus dicitur, ita intelligit, perinde ac si dictum esset, quod etiam in mobilibus idē observetur, & ideo de mobilib. responsum ait, quod earum possessio sit vilior, nec proinde usucapio continuam possessionē desiderare videbatur. Et sunt igitur duo interruptionis effectus. 1. ut nova tēporũ cõputatio sit incipienda. 2. ut necessum sit bona fide nactum quem esse possessionem, cęteroquin usucapioni locus nõ est *l. 15. §. pen. h. t. & l. 7. §. 4. pro emptore* idq; priori consequēs est, quoniam non est vetus usucapio, qua posita nõ noceret supervenire malā fidē, sed

est nova, ideoque nocet initium possessionis vitiosæ *d.l.7.§.4.* Atq; hæc ita in interruptione naturali: civilis autem quæ per litis contestationem inducitur, minime istos effectus habet, sed condemnatione demum sequuta adversus eum cum quo actum est, interpellasse usucapionem censetur. Sed non ita, si possessor fuerit absolutus, ut cũ Donell. probatum supra *th. 1. in fin.* quod scilicet possessio naturalis semper manserit penes reum conventum. Ideoq; quod contra rescriptum videtur *in l.1. & 2. C. d. præscript. long. temp.* commode accipiendum, & vel de casu factæ condemnationis, & non sequutæ executionis, vel de casu litis adhuc pendentis explicandum est, de quo etiam v de *Donell.5.comment.21.in F.*

LIT. G.H. & I.

Cum vi deiicitur.] Plures scilicet sunt modi amittendæ possessionis rerum immobilium *Donell. d. c. 21.* sed exemplum tantum hoc est ex *l.5.h.t.* in qua Cuiac. verbum, *adversus*, idem putat significare, quod, *secundum:* quod necesse non esse, ostendunt *Robert. 2. recept. lect. 32. Donell. d. cap. 21. lib. 5.* quoniam hic scilicet eius loci est sensus, quod interruptio noceat deiecto, sive ei cum ipso deiiciente, sive cum alio res sit, de quo aliquid dictum *sup. disp. 15. th. 4. lit. A.* Illud rationis est, ne violentia servi hic noceat domino, cui alias possessionem ille acquirit, & cui servus nec fugiendo possessionem sui ipsius aut aliarum rerum intervertere potest.

Vel res mobilis eripitur.] Hoc quoque tantum exempli loco ponitur. quod autem sequitur lit. I. vel sponte sua possessionem dimittit, ad utrumque casum rei & mobilis & immobilis pertinere videtur: & ne sic tamẽ plena est enumeratio, siquidem & ipse Tr. in exegesi lit. I. plures modos agnoscit, veluti si res à flumine occupetur, aut in flumen demergatur &c.

Incorporalium possessio.] Qualis possessio, talis etiam est eius interruptio: & nimirum rerum incorporalium in usu est possessio, quam patiente alio acquirimus. Ideoque deiici à quasi possessione intelligimur, ubi alter amplius nos uti prohibet, turbat, &, de quo agit *th. 5. lit. F.* pignora capit, quibus scilicet modis uti re prohibemur: ut proinde non intelligam satis, quę nam illa sit Tr. ampliatio, *quandoq; etiam solo usu cessante:* ita enim legendum est, tum quod verbum, *casu*, nullum hic habet sensum, tum quod *Paulus citat. lib. 1. sentent. d.*

tent.d.servit. proponit servitutes amitti per non usum, sive ex simplici negligentia, sive præcedente alterius prohibitione. Cæterum *in l.32.§.1.d.servit. urb. prad.* hoc speciale proponitur in rebus incorporalibus, quod videlicet in illis non detur accessio & continuatio possessionis de persona in personam.

LIT. K. & L.

Aut civiliter.] Ait hoc modo interruptionem fieri fictione quadam per actus legitimos: ad quod probandum nihil facit *l.pen. C. ne de statu defunct.* eorum autem actuum non videntur esse alij, quam quos subiicit, litis contestatio & citatio: & de illa iam ante diximus, ideo interrumpere, quod dubium faciat possessorem de iure suo, neque rationis sit, præscriptioni imputari tempus, quod post litem contestatam decurrit: & hactenus ista interruptio ficta dici potest, quia possessio naturaliter utiq; penes alterum manet, iuxta ante notata. Quod autem citatio etiam interpellet præscriptionem, videtur probari *ex l.3.C.d.præscript.30.annor.in pr.* ibi, *qualecunque ius postuletur, aut qualicunque actione quis pulsetur*: pulsatio autem hæc & postulatio videtur fieri per citationem: & in ead. lege paulo post, *quæ non sunt mota actiones*: & *in l.4.C.eod.in fin. sine ulla illata iudiciaria contentione*; quibus non obstat *l.2.C.d. annal. præscript.* quoniam ibi in casu absentis qui conveniri nō potest, sola contestatio sufficit ad faciendam interruptionem. Distinguunt autem à Tr. pro diff. citati *Wurmser.lib.1.tit.44.obs.8.Geil.1.obs.174.num.12.* tres præscriptionis species 1. præscriptionis 30. vel 40. annorum quæ tanquam mere odiosa in negligentia sola actoris fundata interrumpatur per solam citationem. 2. præscriptionis 10. vel 20. annorum in reb. immobilibus, quæ tanquam mixta interrumpatur per litis contestationem. 3. usucapionis rerum mobilium, quæ tanquam favorabilis, nec litis contestatione quidem, sed demum per sententiam interrumpatur. Sed hoc posterius utiq; procul dubio vitiosum est, & implicat errorem Dd. quod usucapio tantum sit rerum mobilium. Et quod *in l.18.& 20.d.rei vind.* de non interpellata usucapione dicitur, pertinet ad ius antiquum quo usucapio utpote modus acquirendi iure quiritium subtilitate iuris per litis contestationem non interrumpebatur, licet propter cautiones interponendas eod. res redibat, ut patet ex *d.l.18.& 20.* idq; ita consequenter etiam in usu-

capione immobilium Italici soli procedebat: sed præscriptio in specie dicta in prædiis provincialib. condemnatione sequuta, iam retro à tempore litis contestatæ interrupta censebatur: quod, confuso istius præscriptionis & usucapionis iure fortassis simpliciter recte statuemus, aut ipso iure litis contestatione utrobique præscriptionem interrumpi negabimus: quin & quę paulo ante ex *l.3.& 4.C.d. præscr.30.& 40.annor* producta fuerunt, de litis contestatione non inepte explicari posse videntur. Et quamvis fortassis non inconcinna aliqua differentiæ ratio inter usucapionem longive temporis præscriptionem, & illam quæ per modum simplicis exceptionis actionib. opponitur, dari possit, haud tamen scio an eiusmodi differentia, ad istum effectum inducendum, quem ex Geil. proposuimus, sufficiens sit futura: quoniam hoc perpetuum est in iure nostro, ut actiones omnino temporales, veluti anni biennii, non per citationem, sed per litis contestationem in tutum redigi & perpetuari dicantur: quod si adeo post citationem currit tempus, non poterit per eam præscriptio interrumpi. Ceterum non erat rationis aliter statui iure veteri Romano, quo post citationem statim litis contestatio subsequi solebat. Sed cum hodie in iudiciis superiorib. ordinariis secus fit, nec in potestate actoris sit uti litis contestatio fiat, qualis scilicet hodie intelligitur, soli etiam citationi hic effectus merito tribuendus, aut certe arbitrio iudicis hoc fuerit permittendum.

AD DISPVT. XXIII.

De

RE IVDICATA

Respondente

ANDREA Wernick / COLONIA MARCHICO.

THESIS PRIMA.

LIT. A. & B.

INITIO parum subtilis, utcunq; ex aliis Dd. proposita sive oppositio sive comparatio sententiæ & rei iudicatæ esse videtur: etenim quivis intelligit, sententiam esse decisionem, cuius obiectum est res controversa in iudicio agitata, quæ per sententiam deciditur & diiudicatur, velut etiam docent *Zas. & Duar. ad l. 1. h. t.* eoque respexit *Bart. in d. l. 1.* ubi sententiam appellat rem iudicatam: licet ipse iudex sit qui iudicet, & per sententiam tanquam instrumentum rem controversam decidat, ut d. loc. Zas. tradit. Ait autem Tr. *res iudicata est qua finem controversiarum accipit, sententia autem est decisio.* Rectius diceret rem iudicatam dici, cum controversia finem accipit per pronuntiationem iudicis, quæ nihil aliud nisi ipsa sententia est, & huius effectus ipsa litis finitio, non vero res iudicata, ut parum accurate loquitur Tr. sicut nec ab eod. satis accurate dicitur *rem iudicatam finiri*, quoniam aliud est res iudicata, aliud, controversia in iudicio agitata, quę post sententiam iudicata dicitur, & tum finita est, quo sensu dicimus executionē iudicati vel rei iudicatę, id est, eius, quod sententia sua comprehendit iudex *t. t. C. d. execut. rei iudic.* Alia & diversa sententiæ & rei iudicatæ distinctio traditur à

Zas.

Diffra inter rem iudicatam et inter sententiam.

Zaſ. & aliis ad l.1.h.t. quod ſcilicet ſententia dicatur, ſtatim ubi pronuntiatum eſt: ſed res iudicata, ubi iam lapſo decennio à ſententia amplius appellari non poteſt: unde videtur enata phraſis, *ſententiam tranſire vel tranſiviſſe in rem iudicatam*, vel in authoritatem rei iudicatæ, ut loquitur pontifex *in cap. quod ad conſultationem* 15. *h.t.* ſed eo modo ICtos noſtros loquutos eſſe non exiſtimo, & eſt illa revera parum accurata loquutio: maxime quod iſtud non naſcatur à qualitate ſentētię, ſed à conditione iudicis inferioris, à quo provocari poteſt ad ſuperiorem, qui ſi ſententiam dixerit, ea ſtatim omnimodo valida eſt, quod ſecus eſſe oportet illo caſu, quo appellatione interpoſita, vel cum interponi poteſt, cum ſententiam mutari & retractari poſſit, controverſia nondum dici poteſt accepiſſe finem. Et ad hanc differentiam delabitur, ſed male eam cum præcedentibus commiſcet Tr. *in verſ. differentia &c.* ubi ait, ſi ſententia appellatione ſuſpēſa ſit, tum demum dici in rem iudicatam trāſire, cum tempus provocationis elapſum eſt. Quo loco omnino legendum videtur negative, *ubi ſuſpenſa non fuerit*: quoniam ſtatim tempus provocationis elapſum proponit, & non niſi inepte de tempore introducendæ appellationis iſtud accipere poſſit. Tr. autem nihil aliud dicere vult, quam quod res iudicata dicatur, poſtquam appellari non poteſt, de quo etiam tractat *Marant. part. 6. de ſententia numer.* 126. hoc autem ut in potentiori ſignificatu verum ſit, ita non minus verum eſt, quod Duar. male pro diſſ. citatus *in l.1.h.t.* tradit, ſtatim poſt ſententiam rem iudicatam dici, quod ex *l.7.& 11. de tranſact. l.32. C. eod. l.14. C. de appellat. l.1.h.t.* & aliis quam plurimis textibus probatur, quoniam ut iam dictum non à qualitate ſententiæ, ſed judicis iſtud dependet. Et ergo ſententia lata res ſtatim iudicata eſt, ſed interpoſita appellatione conſiderato eventu, interim pro iudicata non habetur: idque eſt quod pro regula traditur, per appellationem ſuſpendi & extingui iudicatum, *Zaſ. in l. de uno quoq;* 47. *h.t. n.*10. *l.1.§. ult. ad SCt. Turpill.*

Arbitri compromiſſarij.] Quæſtio hæc, an arbitri compromiſſarij pronuntiatio, ſententia vel res iudicata ſit, (ut loquitur Tr. quoniam alias pronuntiatio res iudicata dici non poteſt:) nec ne, non magni momenti eſt. Et ſi conſideras, quod arbitria ad inſtar iudiciorum redacta ſunt *l.1.d. arbit.* quod prętor arbitria tuetur, quod dum metu pænæ partes acquieſcunt, controverſia accipit finem,

non

non iniuria pronuntiatum arbitri ſententia dicetur, quomodo etiam paſſim ſub titulo de arbitris appellatur. Sed ſi ex adverſo perpendas, quod privata conventione arbiter conſtituitur, quod pars quæ pænam ex ſtipulatu pręſtare vult, ex integro cauſam agere poteſt, quod adeo non recta ſed oblique neceſſitatem parendi habet pronuntiatum arbitri, à quo nec appellatur, & ex quo nec exceptio nec actio datur *l.2.d.recept. arbitr. l.1. C. eod.* in hac præſertim diſputatione ſententię nomen mereri non videtur: & huc reſpexit ICtus dum ait, non per omnia eſſe ſententiam, *in l. quid ergo §.5. d. his qui notant. infam.* Excipit autem Tr. caſum *l.4. & 5. C. d. recept. arbitr.* quamvis & ibi arbitri pronuntiatum non ex ſe habet, ſed ex approbatione partium ſive expreſſa ſive tacita vim ſententiæ aſſumat: qua de re alibi tractatur. Neque hinc revera diſſentit male cit. *Alciat. in l. pronuntiatum 46. d. V. S.* ubi tradit, quod *laudum*, ſit vox barbara, & cum quod quiſque privatus ſentit, latine loquentibus ſententia dicatur, etiam & multo magis pronuntiationem arbitri hoc nomine appellandam eſſe: quod veriſſimum eſt, ſed cum effectum ſententiæ iudicialis conſideramus, non ſatis vere illud nomen arbitri pronuntiato convenit.

LIT. C.

Definitioni ſententiæ ſubiicit eius diviſionem in definitivam & interloquutoriam: ſed huic definitio illa vix, utique non ex æquo convenit, quod deciſio levis alicuius puncti, forte circa productionem teſtium aut dilationem, non meretur dici rei controverſæ deciſio. quod & Duar. notat *ad l.1. in pr. h. t.* cum præſertim iudex etiam ex officio aliquid partibus imponendo, interloquatur: unde ſententię & interlocutiones in rubric. Cod. invicem ſibi opponuntur & ICtus *in l.1 h.t.* ſententiam definit, quæ finem imponit controverſiæ condemnando vel abſolvendo: quod referri non poteſt ad ſententiam interloquutoriam, quæ alias procul dubio ſententię iudicialis ſpecies eſt, & in ſtatuto appellatione ſententiæ continetur, ut ex Dd. tradit *Muſcorn. d. iuriſdict. n.30.* Diviſio ſētiæ.

Allegat autem Tr. pro diſſ. *Gloſſ. in cap. quod autem cauſ. 2. quæſt.1.* verum nullum ibi eiuſmodi capitulum, ſed Gratianus quæſtionem illam ſic exorditur & continuat: *quod autem nullus ſine iudiciario or-*

dine damnari debeat &c. & Gloss. *in d. caus. 2. quæst. 1. cap.* 1. non quatuor species sententiæ notat, sed quatuor species & modos, quibus aliquis convincatur, quæ plane sunt diversa. Speculator autem citato loc. *de sententia in* §. *species*, has recenset sententiæ species, interloquutoriam, definitivam, præceptum & mulctam, sive potius mulctæ dictionem, & quinto, sententiam dispensationis. Et apparet à Speculatore specialiter accipi sententiam interloquutoriam. 1. pro ea quæ definit aliquod ordinem habens & tendens ad definitivã, ideoq; excludit mulctæ dictionem qua coercetur contumacia. 2. pro ea quæ pronuntiatur iudicio constituto, & quam sequitur definitiva: ideoq; excludit præceptum, quod appellat sententiam qua reum ultro confessum iudex termino constituto solvere iubet: ut hinc appareat non adeo absurde has quatuor species cõstitui, dum iudicem in genere consideramus: cæteroquin, quod exemplo iudicis pedanei paret, ad iudicem qua iudicem duæ illæ species, mulctæ dictionis & iussi sive præcepti, non pertinent.

LIT. D.

De interlocutoria.

Hac lit. & seqq. tractatur de sententia interloquutoria, quam definit eam, quæ interim feratur à iudice, dum principale negotium pendet, super quæstione incidenti: Quæ posteriora verba aut ambigua sunt, aut angustiorem definitionem facere videntur, quod sententia super aliquo incidenti, per necessariam consequentiam, aliquando decidat quæstionem principalem. Et ideo quæstiones vel negotia incidentia hic distinguẽda sunt. Et incidentes quæstiones in genere sunt, quæ principali quæstioni accidunt & in eam incidunt: sed distingui solent à Dd. in incidentes in specie & emergentes: illas appellant, quæ incidunt, secunda producta, ut Salicet. argutatur *in l. 1. C. d. ord. iudic.* & perimunt totum negotium, ipsamq; causam principalem attingunt & concernunt, & ipsa lite sunt antiquiores: veluti exceptio pacti doli, status &c. has appellãt quæ non perimunt litem, quæ sunt lite recẽtiores, & respiciunt processum, veluti exceptio procuratoria incompetentiæ, falsi testis. Illæ autem porro subdistingui posse videntur, quod vel tantum proponi possunt per modum exceptionis, & directo merita causæ concernunt, veluti exceptio doli pacti &c. vel etiã per modum actionis tractari possunt, veluti causa status, iuxta *l. 1. C. d. ord. iudic.* Triplex autem hic

hic quæstio moveri potest. 1. an incidens quæstio differat iudicium & tractationem causæ principalis. 2. si non differat, an super incidenti necessario & quomodo sit pronuntiandum. 3. an pronuntiatio super incidēti facta pariat præiudicium, ita ut punctū illud amplius moveri & in controversiam deduci non possit. Prima quæstio ad illas incidentes pertinet, quæ etiā per modum actionis agitari possunt, (quoniam simplices exceptiones iudicium differre nequeunt,) & præcipue tractanda est propter ius vetus, quo iudices pedanei non nisi super iis quæ formula continebantur, poterant iudicare. Et simpliciter hic dicendū videtur, quod si incidens quæstio sit mere præiudicialis, & talis, ut nō nisi ea decisa, iudicium alterum cōstitui possit, ante omnia eam decidi oporteat, siquidem hæc non incidentis, sed principalis habet rationem. Et hic casus videtur *l. pen. d. noxal. action.* ubi si quis ad libertatem proclamaverit cessat interim noxale iudicium: & *in l. 2. C. d. ord. iud.* ubi cognitio de genere & familia præcedit iudicium fam. ercisc. eodemq; recte refertur *l. liber. 8. C. d. petit. hered.* ex qua, antequam de causa hereditaria cognoscatur, decidendum prius est, an testator fuerit liber vel servus. In magistratibus autē cognoscentibus, hæc quæstio ferè coincidit cū secunda, an & quomodo super incidenti sit pronuntiandū: quæ quæstio ambigua vel duplex est, an sit necessario expresse pronuntiandum de incidenti, an vero sit ante pronuntiandum super incidēti, quam decidatur negotiū principale, an vero utrumq; simul terminari debeat & possit. Et in priori receptius est, quod etiam tacite super incidenti pronuntiari possit, sive cōcernat processum, veluti si iudex non attēta eiusmodi exceptione partes ad ulteriora progredi iubeat: sive ipsum concernat negotium, veluti si iudex simpliciter absolvat vel condēnet, quo ipso satis super incidēti pronuntiasse intelligitur. In posteriori autem inter ea distinguunt Dd. quæ concernunt processum, & quæ ipsum negotium: De illis n. separatim & ante sive tacite sive expresse pronūtiandum esse, quoniam in ipso negotio quod nō attingunt, decisio eorum contineri non potest, neq; nisi recte constituto processu progredi ad ulteriora possit iudex. Hęc autē una cum ipso negotio principali, sive expresse per modum adiectæ causæ, sive tacite, simpliciter absolvēdo aut condemnando, recte deciduntur, ut tractant *Dd. Cyn. Odofred. Salicet. Castrens. in l. 1. C. d. ord. indic.* prolixe quidem satis, sed paulo

An incidens q[uae]stio differat iudiciu[m] et tractatione[m] causae p[ri]ncipalis.

confusius: neque obstat hic *l. intra 39. d. minor.* quoniam (licet alias etiam responsiones afferat *Cyn. in dict. leg. 1. in F.*) vera responsio est, quod præses ibi non necessariò pronuntiaverit super ætate, sed ultro & sponte hoc fecerit, cum posset rectâ pronuntiare super restitutione, veluti *in l. 1. C. de ord. iudic.* nihil expresse de causa status, sed de controversia hereditaria iudex pronuntiavit. Tertia quæstio, an pronuntiatio super incidenti alibi faciat præiudicium, pertinet nô ad ea quæ per modum simplicis exceptionis proponuntur & directò merita causæ respiciunt, in quibus affirmativa verissima est: sed ad ea quæ etiam principaliter agitari possunt, & ut Salicet. loquitur, per se subsistentiam habent, cuiusmodi est causa alimentorum, nativitatis, generis, status Et distinctio hic principalis est, an incidens quæstio directò dependeat à principali, an saltem obliquè: & hinc an sententia super principali lata, necessaria omninò consequentia decidat incidentē nec ne: item an iudex habuerit ius cognoscendi de incidenti nec ne, ut *in l. 1. C. d. ord. iudic.* & porrò an de incidenti fuerit plene cognitum an semiplenè, & an de eo debuerit cognosci vel non, quæ pluribus prosequitur *Salicet. in dict. l. 1. C. de ord. iudic. n. 8. & 9.* Ex his iudiciū ferri potest de eo quod hic tradit Tr. quod iudex quæstionem incidentem, quæ cum principalis decisione nō est coniuncta, separatim, & nimirū ante principalem decidere cogatur. Hoc limitandum primò, ut fieri possit non tantum expresse, sed etiam tacitè. Deinde juxta iam dicta accipiendum de iis, quæ processum concernunt: vel quia, ut iam probatum quæ ipsum negotium concernunt, simul cum principali decidi possunt, vel quia hæc utique cum principali negotio coniuncta sunt. Cui consequenter oportet vitiose citatos à Tr. esse textus *in l. pen. d. noxal. act. l. 2. C. d. ord. iudic. l. 5. §. 8. d. liber. agnosc. l. intra 39. d. minor.* quod utique ætas cum causa restitutionis, alimentorum petitio cum causa filiationis, status cum controversia hereditatis, omninò sunt coniuncta: nisi Tr. omnino singulari sensu accipit coniunctum esse cum causa principali, fortassis ita coniunctum, tāquam pars aut perpetuum adiunctum, quod separatim tractari non possit: quo sensu inepta est dubitandi ratio, an de eiusmodi connexo & coniuncto separatim oporteat pronuntiare. Et sane suo modo & sensu separata est causa status vel nativitatis à cōtroversia hereditaria, quia diversis judiciis hæc tractari possunt: sed Dd. in hac quæstione aliter ista

phrasi

phrasi utuntur,& coniuncta appellant, quorum decisio contingit causam principalem & quæ simul implicite per determinationem principalis deciduntur: & ut ante diximus, communis opinio est quod separatim de iis pronuntiare necessum non sit: cui sane sententiæ videntur officere textus à Tr. citati: sed iam respondimus ad *l.39.d.minor.l pen.d. noxal. act. & l. 2. C. d. ord. iudic.* quod posterioribus duobus textibus prorsus non possit constitui iudicium super principali, nisi prius deciso incidenti: & quomodo ex Iacob.d. Arena, refert *Cyn. in d.l.1.C.d.ord.iud. in F.* quādo incidens tale est, quod impedit motionem processus actionis, ante omnia de eo pronuntiandum est, quod accidit *in d. l.pen. d. noxal. act. & in l. 2.C.d.ord.iud.* quoniam inter eos qui sibi controversiam generis movent, iudicium famil.ercisc. accipi non potest: idq; maxime ad rationem iuris antiqui procedit: quod qui acceperat formulam de dividenda hereditate inter coheredes ab intestato, ubi hi negato genere coheredes se esse negabant, officio suo fungi arbitri nō poterant: neq; prætor temere, nisi prius controversia generis decisa eiusmodi formulam & actionem super dividenda hereditate dedisse videtur. Quamvis sane iudices pedanei & magistratus hactenus recte inter se comparentur, quod quibus casibus illi rem totam differre, & ad prætorem remittere tenebantur, hoc magistratus ipsi pronuntiare sed separatim teneantur: videlicet iuxta iam traditas distinctiones, neque enim hoc generale fuisse probatur ex *l. 1. in fin. C. d. ord. iudic.* ubi dicitur quod iudex incidente quæstione status, super hac quidem cognoscat, sed non de ea, verum de causa hereditatis tantum pronuntiet. Et non videtur usque adeo facilis esse ratio differentiæ inter casus *l. 1. & 2. C. d. ord. iudic. iuncta l. pen. d. noxal. action.* etenim ead. ratione, ex qua de pendet decisio *dict.l.1.* dixerit quis posse iudicem in specie *l.2.* cognoscere de causa generis, & pronuntiare super divisione hereditatis: & in specie *l.pen.d.noxal. act.* posse cognoscere de liberali causa, sed tantum pronuntiare super controversia noxali, & ea ipsa pronuntiatione simul implicare decisionem super causa status. Sed videndum est an non hæc sint dissimilia: quoniam in sępe cit. textib. causa incidens est mere prę iudicialis ad varia & quasi infinita, quin imo principalis habet rationem, quippe quæ ita introducitur, ut quis intelligatur provocare ad speciale & singulare iudicium, & prius dictatum iudicium interim declinare: veluti ab-

surdum sit tractare de servo noxæ dedendo, qui servum se esse negat, & ad iudicium status provocat. Nihil plane huc pertinet vulgata regula iuris, quod de qua re iudex cognoscit, de ea etiam pronũtiare teneatur: vel quia satis pronuntiat, qui implicite & per consequentiam pronuntiat, casibus videlicet iam dictis: vel quia sententia regulæ illius hæc est, quod iudex cæpto negotio, & suscepta cognitione, non possit officium suum postea deponere & detrectare, quominus etiam sententiam ferat.

LIT. E.

An sententia interlocutoria retractari possit.

Retractari non possunt.] Affirmat Tr. contra Dd. communiter, quod sententia interlocutoria regulariter retractari non possit, cum *Vaud. lib. 1. quæst. 49.* cuius unica hic à Tr. etiam relata est ratio: quod quicquid iudex statuit cum causæ cognitione, illud revocare non possit: interloquutorias autem sententias fert causa cognita, ergo &c. Apparet autem vel hinc, propositionem istam universalem non esse, quod non omnis interloquutio causa cognita fiat arg. *l. 19. §. ult. d. recept. arbitr.* Et proinde dicendum erat, eas interlocutorias non posse revocari, quæ causa cognita prolatæ fuerunt: quod fortassis videri potest significare voluisse Tr. per verbum, *regulariter:* verum dicẽdum potius cum Dd. quod regulariter sententia interloquutoria revocari possit, & in argumento ante proposito neganda consequẽtia maioris: vel quia causa potuit non esse plene cognita, vel quia in cognoscendo causam labi & falli potuit iudex, vel denique quia ut maxime plene cognoverit & lapsus non fuerit, quod causa cognita statuit interlocutive, idem etiam causa aliter cognita propter aliquod superveniens revocare posse debet: ita enim ex Dd. docet *Zas. in l. quod iussit 14. h. t. n. 30.* quod interlocutoriæ quę aliquod momentum habent, & causa cognita prolatę sunt, etiam causa cognita sint revocãdę, reliquę levioris momenti etiam simpliciter revocari possint. Probatur hæc sententia ex *d. l. 14. h. t.* ad quam & *l. 16. d. nov. oper. nunt.* non sufficit responsio Tr. si quidem & iussum prçceptumve prætoris causa cognita fieri potest: neque si recte attendas ratio hæc cognitionis potestatem iudicis variare vel tollere potest, sed inde potius ratio decidendi hanc quæstionem sumenda fuerit, an sit ius quæsitum parti, quod ius utiq; etiam præ-

cepto

cepto & iusso quæri potest, veluti per decretum primum, quod revocari posse nemo dubitat: quin imo & decretum secundum ex communiori Dd. sententia, quam refert *Zas. in dict. leg.* 14. *num.* 29. Et hinc quod de sententiis dicitur, de definitivis est accipiendum, quæ etiam in dubio appellatione sententiæ veniunt. Facit etiam *lex 9. Cod. d. sentent.* ubi dicitur quod interlocutio non perimat causam: & hinc optima ratio à cessante causa propter quam sententia definitiva non potest revocari, quod scilicet ea lata officium iudicis expirat *l. iudex.* 55. *h. t.* textus elegans *in l. æqualem* 19. *in extremo d. recept. arbitr.* quod arbiter qui condemnavit vel absolvit, non possit mutare sententiam, quoniam arbiter esse desierit: quæ utique ratio cessat in sententia interlocutoria, neque quominus ius revocandi sit, officium iudicis adhuc durans, constringi aut impediri queat: illud enim ineptũ & falsum fuerit, si quis per interlocutoriam, quoad illud punctum officium iudicis finitum esse existimaverit. Videtur autem hic obiici posse *l. ult. §. ult. Cod. d. mod. mulctar.* ubi prohibent Imperatores, ne erubescenda varietate iudicii pro arbitrio proprio magistratus immutent, quod semel iusserunt. Responderi potest. 1. quod ibi agatur de dictione mulctæ in qua ius videtur esse quæsitum fisco. 2. quod non simpliciter prohibeatur revocatio, sed temeraria, facit *l. 6. §. ult. d. offic. præsid.* sicut neque temere à iudice sententia interlocutoria præsertim causa cognita lata est revocanda, sed opponitur hac in re interlocutoria definitivæ, quæ nullo modo revocari potest. 3: vel ideo locus hic huc non pertinet, quoniam mulctam dicere non iudicis de causa privata iudicantis, sed magistratus maioris est: & mulctam dicere magis ad præceptum & iussum pertinet, cuius revocationem ipse Tr. admittit.

Lit. F.

Ex iam dictis apparet, vitiosam esse comparationem sententiæ definitivæ & interlocutoriæ quoad ius revocandi: illa autem differentia expedita est, quod ab interlocutoria jure civili non appelletur, de quo agitur infra *disput. ult. th. 5. lit. E.*

The-

THESIS II.

LIT. A.

Non semper requiruntur [verba] absolvo, condemno &c. absolvo te.

Perſpicua ſatis ſunt quę initio huius lit. proponuntur, quod non neceſſum ſit in ſententia uti verbis, *abſolvo, condemno*, ſed ſufficiant verba æquipollentia, veluti *nihil Titium debere l. quid tamen 21. §. 1. d. arbitr.* Titium ſolvere debere *l. in ſententiis, alias l. in ſumma 59. h. t. facit l. 5. §. 1. eod.* & verba ICti *in d. l. 59. vel alio verbo hoc ſignificaverit*: quos & alios textus cum citet Gloſſ. *in l. 1. h. t.* non videtur probare ſententiam eorum quos ibid. refert non admittere hoc fieri poſſe per æquipollentiam: quin imo jure veteri verbis his ipſis *abſolvo, condemno*, rarius uſi iudices videntur, ut præter alia deprehendere licet ex formulis ſententiarum, quas collegit Briſſonius de *formulis populi Romani lib. 5. pag. mihi. 458. & ſeqq.*

Nec ſufficit.] Error hic videtur typographicus, legendumque, *& ſufficit*: ita enim citatus à Tr. *Speculator d. re iudic. §. ſpecies num.* 3. non habet iudex in cauſis appellationis neceſſe dicere, abſolvo vel condemno, ſed ſufficit, infirmo vel confirmo per *l. eos 6. in fin. pr. C. d. appellat.* ex qua ſufficit, ſi iudex appellationem pronuntiet iuſtam vel iniuſtam, quod etiam notat *Gl. in l. 1. h. t.* Neque enim quicquam eſt quod opponi poſſit huiuſmodi ſententiæ, quæ per relationem ad ſententiam prioris inſtantiæ ſatis redditur certa, de quo infra *th. 4. lit. A.*

Si actor petit reum absolvi an possit condemnari in impensas.

Quid ſi actor ipſe.] Hæc tractatio de impenſis hinc aliena eſt, neque cum præcedentibus cohæret. Ait autem Tr. *ſi actor ipſe abſolutionem petat &c.* atquin hoc valde novum eſt, ut actor petat abſolvi reum. Et nimirum quæſtio hæc à *Bart. in l. 1. in pr. ad SCt. Turpill. n. 12. Iaſ. in l. properandum 13. §. ſive autem alterutra colum. 4. in ſexta limit.* formatur de cauſa criminali & actore abolitionem petente, quomodo etiam hoc proponit citatus *Walter. 2. miſcellan. 39.* & Bar. & Iaſ. ſimpliciter affirmant, ſi actor petierit abolitionem eum in expenſas non teneri, etiamſi abolitionem non impetraverit: quod non immerito diſplicet Waltero cit. loc. neque enim generaliter hoc verum eſſe vel iſtud argumento eſt, quod abolitio etiam conceditur temerario accuſatori, quem quidem nō iniquum eſt, agnito errore & culpa liberari à pœna calumniæ, ſed minime ęquum eſt

eum

cum liberari ab expensis, quas propter temeritatem ipsius reus facere coactus fuit, cuius hac in re potior quã temerarii accusatoris causa esse debet: sed si ostendere possit accusator, nõ temere se prosiluisse ad accusandum, merito ipsi ignoscetur, ut nec expẽsas præstet: idq; est quod ex Waltero proponit Tr. non præstare eum impensas, si nova causa superveniat, vel si habeat iustam causam litigandi retro, id est ab initio & semper: videtur enim implicari illa quæstio, an qui aliqua parte temporis iustam habuit litigandi causam, aliqua parte nõ habuit, in omnes expensas teneatur, quæ movetur *supra par.1.disp.12.th.16.lit.D.* quod si ponas eum qui ab initio iustam habuit causam, ubi primum animadvertit iustam se causam nõ habere, petiisse abolitionem, posterior exceptio sive limitatio, ead. futura est cum priori, ubi nova causa supervenit. Rationem autem duplicem contra Bartoli & Ias. sententiam ex Walt. proponit Tr. 1. temerarius litigator tenetur in expensas. Atqui quidam abolitionem petens est temerarius litigator *l.2.C.d.abolit.* ergo, &c. 2. renuntians liti tenetur in expensas: atquin abolitionem petens renuntiat liti: ergo, &c. Apparet hinc confundi à Tr. causas civiles & criminales: in his actor sive accusator potius qui causæ suæ non confidit, petere dicitur abolitionem, in illis nõ absolutionem aut abolitionem petere, sed liti renuntiare actor dicitur iuxta *leg. postquam liti 4. C.d.pact.* De quo alia quæstio est an expensas præstet: quod affirmat Tr. cum Walter. etiamsi iustam habuerit litigandi causam: subiecta duplici limitatione, nisi retro habuerit iustã causam, vel nova causa supervenerit: ita enim expresse Walter. ex quo Tr. totum hoc descripsit, & in pr. huius quæstionis duplicem hanc limitationem de actore absolutionẽ petente & renuntiante, & in fin. hoc quoq; proposuit, renuntiantem expensas præstare, etiamsi iustam habuerit litigandi causam. Atquin hæc se mutuo destruunt: neque enim possit iustam habere litigandi causam, cui nulla nova causa supervenit, aut qui retro iustam causam non habuit. Ideoq; falsa omninò propositio illa est, quod renuntians liti teneatur in expensas, si iustã habuerit litigandi causam: aliud enim est si in lite postea perseveraverit aliquanto tempore, cuius respectu eum ad expensas teneri omnes concedunt, quod scilic. quoad hoc tempus iustam litigandi causam nõ habuerit: & simpliciter dicendum fuerit, eum qui renuntiavit, pro eo tempore quo iustam causam ha-

buit ad expensas non teneri. Et vero Bald. cit. *in l. postquam liti 4. C. d. pact. colum. 4 vers. quinto quaeritur*, non ita loquitur, quod renuntians liti expensas praestet, etiamsi iustam causam litigandi habuerit: sed ad quaestionem, an renuntians expensas solvat, respondet in haec verba: *quod sic, nisi causa nova superveniat, retro autem iustam habuerit litigandi causam*: in quo etiam lapsus est cum Walter. Tr. qui ex Bald. duplicem limitationem proponunt, quae tamen à Bald. tanquam una traditur, & ut paulo ante notatum, revera tantum una est. Optima autem ratione movetur Bald. quod si actor succumbens non tenetur in expensas, ubi iustam habuit litigandi causam, ergo nec tenebitur renuntians post causam de novo supervenietem ubi usq; ad tempus renuntiationis iuste litigavit, quoniam renuntiatio actoris ad summum non plus tribuere potest reo, quam victoria litis & absolutio: at qui verum est prius: ergo & posterius. Ex quo tanto magis apparet falso affirmari, renuntiantem, etiam qui iustam habuit causam, in expensas teneri, quod & rationi repugnat, nec unquam Bald. in mentem venit.

An ultra expensas in aliud puniatur temere litigans.

Sed cum improbus.] Ista quoque hinc aliena quaestio est, an ultra expensas in aliquid amplius teneatur temere litigans, & quid veniat appellatione damni, in quod praeter impensas litigatorem improbum condemnandum esse ait Iustin. *in §. 1. in fin. Inst. d. poen. temer. litig.* & respondet Tr. se intelligere interesse & lucrum cessans. Inter haec autem mala oppositio est, quia lucrum cessans est pars eius quod interest: ut proinde Tr. interesse in specie pro damno emergente accepisse videatur. Atque ita ex sententia Tr. in omne interesse, damnum emergens & lucrū cessans, pars victa praeter & ultra impensas condemnabitur. Et quidem citati *Angel. & Wesembec. in §. hac autem Inst. d. poen. tem. litigant.* tribus tantum verbis & in genere proponunt, quod condemnatio fiat in expensas & damna: Ioh. Fab. autem addit id tantum locum habere in damnis certis: idque videtur intelligere Tr. his verbis, *modo id, certum sit.* Sed *Bartol. in leg. 1. in princip. d. alienat. iudic. mutand. & ex eo Ias. in l. properandum 13. §. sive autem alterutra 6. Cod. d. iudic. colum. 5. in fin.* distinguunt inter sumptus qui praestantur propter simplicem victoriam litis, & qui praestantur propter contumaciam vel retardatum processum: quod in illis contineantur & veniant tantum impensae litis, in his etiam alia damna. Et magis tamen hic ex Bartol. & Iason. subdistinguitur

ſtinguitur inter damna quæ concernunt res victoris, quæ non præſtantur, (quod prorſus eſt contra mentem Tr.) & quæ concernunt perſonam, V. C. ſi artifex aliquis, propter litem ſibi motam, non poſſit opificio ſuo vacare, & ex operis ſuis neceſſarios ſumptus acquire e. Ego in dubio contra Tr. magis inclino in ſententiam *Wal.* 1. *miſcell.* 28. quod pars victa tantum præſtet ea, quæ directo occaſione litis, in litem & propter eam quis expendit, quarum ſpecies exponit Speculator de expenſis quæ ſcilicet fiant in alendis teſtibus, quæ dantur advocatis & notariis, quæ dantur j dici, & quæ executoribus: quibus ex *l. non ignorat. Codic. d. fruct. & lit. expenſ.* addendi ſunt ſumptus facti in itinere, ubi quis extra domicilium ſuum in alium locum vocatus fuit: de quo expenſarum & damnorum genere non tantum commode, ſed etiam neceſſario videtur explicari textus male à Bart. & Tr. citatus *in l. ſancimus* 15. *C. d. iudic.* ubi Iuſtin. ita explicat damna, ſive circa ingreſſum litis, ſive circa honoraria advocatorum, vel alias cauſas quæ in iudicio verſantur: neque aliud probatur ex *l. non ignorat. C. d. fructib. & lit. expenſ.* & recipit commodam explicationem §. 1. *in fin. Inſt. d. pœn. temer. litig.* non ut damnum pro condemnatione accipiatur, quod omnino male tentat Walter. ſed ut expenſæ litis ſtrictiſſime accipiantur, à quib. ſumptus alij occaſione litis, velut in hoſpitio & itinere facto ſeparari poſſunt, & appellatione damni contineri. Et itaq; admittendum non eſt, quod Tr. ſimpliciter partem victam in omne intereſſe, lucrum ceſſans & damnum emergens vult condemnari: ſed hæc huius loci non ſunt.

LIT. B.

Vt iudex ſit competens.] Nimirum neceſſe eſt ut ius dicendæ ſententiæ ſit in proferente, citra quod ſententia valere non poteſt, de qua re, & de nullitate ex defectu iuriſdictionis prolixe agit Vantius. Et hinc, quod nullitas iſta capitalis eſt, fit, ut quod ait Tr. ſtatutum aut conventio partium, nullitatem tollens, de hoc genere nullitatis non intelligatur: quoniam ſtatuentes præſumuntur ſenſiſſe de nullitatibus proceſſus, quæ plerumque apices iuris concernunt, & non ſine cavillationibus agitari ſolent. Intelligo autem partes ſimpliciter renuntiaſſe, quod ſi enim in ſpecie nul-

litati huic, quæ ab incompetentia iudicis promanat, renuntiaverint, videbuntur prorogasse iurisdictionem, de quo & an prorogatio in non competentem iudicem fieri possit, alibi tractatur.

Etiam in delegato.] Scilicet & huius incompetentia inducit nullitatem, idque dupliciter. 1. si revera delegatus fuerit à iudice non competente, cuius partibus fungitur. 2. Si cum non esset, pro delegato se gesserit iudicis competentis: idque ampliat Tr. ut obtineat etiamsi qui delegare potuit ratum habuisset: quod intelligo de ratihabitione sequuta post latam sententiam, de quo casu videtur hic loqui Tr. dum de sententię validitate tractat: cæteroquin sicut ratihabitio actorum à procuratore falso, recte fit pendente iudicio, ut hoc retro rite constitutum habeatur, *l. licet. 56. de iudic.* ita & pendente cognitione eius facta ratihabitio, delegationis instar quasi retro factæ, poterit haberi.

Vt igitur valeat.] Eum qui iudicat ait habere debere vel iurisdictionem vel saltem notionem: quibus verbis videtur explicare velle, quod in thesi dixerat de competentia iudicis, quem scilicet competentem faciat non tantum iurisdictio, sed etiam simplex notio, qualis videlicet est in iudice pedaneo: quamvis hic motionem tantum habens non ex se sit competens sed ex autoritate magistratus qui eum dedit, qui etiam tuetur & exequitur sentétiam: ut proinde indistincte affirmare liceat, ubi nulla est iurisdictio, nullam etiam sententiam & nullas eius vires esse posse.

An sententia quando non est publicata nomine competentis iudicis transeat in rem iudicatam et an retractari possit.

Vnde oritur difficilis.] Proponit quæstionem Tr. an sententia lata ad consilium peritorum, quando non est publicata nomine competentis iudicis, transeat in rem iudicatam, adeoque retractari possit ad consultationem peritioris. Quæ tractatio cum præmissis ita connecti videtur, quod ante dixerat, sufficere etiam solam notionem, vt valeat sententia. Sed tamen ne sic quidem hæc recte cohærent, vel quia, vt iam dictum, notio simplex ex se non sufficit, vel potius quoniam qui consuluntur, ne quidem habent notionem, eo sensu quo iudices pedanei notionem habere dicũtur. Quo ad formam quæstionis, illud obiter notandum, male ita eam conceptam, an transeat sententia in rem iudicatam, adeoque retractari possit: quoniam ipse Tr. retractati posse, & in rem iudicatam non transire affirmat, secundum quod transire in rem iudicatam, & retractari posse, opposita erunt. Sed & hic quoque fallacia committitur homony-

monymiæ, quoniam ut recte notat *Marant.part.6.d.ſentent.num.155.* non eo ſenſu negatur hic ſententia tranſire in rem iudicatam, quaſi aut nulla ſit, aut perpetuo ab illa appellari poſſit, ſed quod ſaltem per querelam extraordinariam propter admiſſum errorem illius retractatio peti poſſit. Videtur autem Tr. omnino confundere diverſas quæſtiones, qua in re etiam labitur *Daniel Moller. in conſtitut. Auguſti part. 1.c. 26.* etenim re vera duplex hic occurrit quæſtio, 1. ſi conſilium ſapientis ſimpliciter non adiecto nomine iudicis partib. pronuntiatum ſit, vel, ut Tr. loquitur, ſo die belernung ſelbſt an ſtatt deß vrtheils eröffnet worden / an ſententia valeat nec ne. 2. An ad iudicium peritorum licet adiecto nomine iudicis lata ſententia, hactenus ſaltem valeat, ut tamen non tranſeat in rem iudicatam, ſed quocunq; tempore ad iudicium peritioris revocari poſſit. Duplicem hanc eſſe quæſtionem & ex interpretibus colligitur, & inſinuat dicta conſtitutio Electoris Auguſti 26.*part.1.inpr.* daß die vrtheil wie ſie von den Faculteten vnd Schöpffenſtülen verfaßt/ohne verenderung vnd einverleibung deß Richters nahmen eröffnet werden: & paulo poſt, wir ordnen daß die alſo publicirte Vrtheil kräfftig ſein/auch in rem iudicatam ergehen ſoll. Et vero propter hoc ſolum, quod ſententia ex conſilio peritorum licet nomine iudicis publicata eſt, eam non tráſire in rem iudicatam, à Dd. ſtatui, colligitur ex citat. *Iaſ.* qui in repetitione *l. admonendi 31. col. 15. verſi. ſecundo habetur &c.* hanc tanquam communem Dd. ſentētiam proponit, quod ſententia lata ex probationibus non veris ſed privilegiatis, veluti poſt præſtitum iuramentum neceſſarium, per quod ipſa pars fit teſtis & iudex in cauſa propria, nunquam tranſeat in rem iudicatam, ſed perpetuo etiam uſque ad mille annos ſupervenientibus novis & veris probationibus retractari & revocari poſſit. Inde ſtatim idem Iaſ. confirmationis gratia ſubiicit, idem eſſe in ſententia lata ex adſpectu perſonæ, ex iudicio medicorum ſuper vulnere, an ſit letale nec ne: & denique idem eſſe docet in conſilio ſapientis: & denique idem obtinere ait in ſententia lata ex conſilio prudentis: ſed nimirum ſicut prioribus caſibus ab ipſo iudice & nomine eius, ita & poſteriori prolatam fuiſſe cenſendum eſt. Et ſane exemplorum iſtorum par ratio eſt, quod ſicut retractatur ſententia veris ſupervenientib. probationibus: ita huius quoque ratio traditur à Iaſone quod poſterius reſponſum melius ſit fundatum in iure

quam prius: & ita quoque ex Dd. scribit *Marant. part. 6. act. 2. d. appellat. num.* 103. & plenius *d. part. 6 act. 1. d. sentent. numer.* 130. in tertia quæstione principali, ubi ait quod huiusmodi sententia semper possit retractari, ubi apparuerit consilium alterius Doctoris peritioris: & obiter idem refert *Clar. in §. homicidium. numer.* 45. quam plenius confirmat *Mynsing. 6. obs.* 35. Verum ego istam opinionem, prorsus falsam & absurdam, & si quid gravius dici potest, esse existimo: quoniam certo & constituto jure sententia à judice lata robur suum obtinet, neque nisi expressis à jure casibus, inter quos hic non est, retractari potest, neque iudici sententiæ semel latæ revocandę potestas est. Et nimirum ponimus hic ipsum iudicem protulisse sententiam, quæ adeo autoritate iudicis, licet hic alios consuluerit, consistit: cæteroquin de omnibus sententiis ex consilio assessorum latis idem fuerit affirmandum. Sed & ita occasio daretur iudicibus improbis retractandi sentētias, & quod post cognitas testium depositiones, novæ productioni obstat, metus nimirum subornationis, idem hic quoque obstare debet. Sed & amplius nullus ubi hoc modo prolata sententia est, futurus sit litiū finis, & res abeat in infinitum, quod perpetuo dici possit consilium sequēs profectum esse à peritiori. Et nullius momenti est, quod de moderanda illa infinitate respondet *Mynsing. cent. 6. obs.* 35. nec melior *eiusd.* responsio ad alteram rationem, non ita esse locum subornationi, quod periti consilium dantes, magis sint iudices quam testes: vel quia hoc modo non tollitur metus & periculum subornationis, vel quia hoc ipsum retorqueri potest, ut ne retractari possit sententia tanquam à iudice lata, & amplius à vero iudice promulgata. Neque obstat citata à Mynsing. *l. divi fratres 17. de iur. patron.* vel qui Impp. ibi mutant opinionem suam, sed sententiam antea in simi casu prolatam retractare non proponuntur: vel quia alia ratio est supremi principis, alia iudicis inferioris, cui si ex hac causa quo peritus ille consultus, non satis bene responderit, sententiam retractare liceat, tum modo enumerata incommoda consequētur, tum paulatim eo deveniemus, ut omnem sententiam, quam iudex ipse non satis ad veritatem iuris pronuntiasse videatur, retractari posse dicamus. Quod autem sententia ex falsis instrumentis lata retractari potest, *tot. tit. C. si ex fals. instrum.* nihil cum hoc casu commune habet, nisi quis perabsurde sapientem consultum, & fortassis aliquan-

aliquantulum lapsum, pro falso teste vel instrumento habere velit: & à diversis male infertur, & in dubio tenenda regula, quæ militat pro autoritate rei iudicatæ: vide & de hac quæstione *Fulvium Pacian. d. probat. libro primo. cap.* 47. *numero* 83. *& seqq.*

Atque hæc de prima quæstione: alteram à Tr. cum priori vitiose confusam bene distinxit Marant. qui diverso plane loco ab eo quē paulo ante notavimus, istam tractat *part. 6. in decisoriis iudicij act.* 1. *d. sentent. numer.* 13. moveo, inquit, dubium: evenire solet, ut iudices mittant ad iuris peritum pro consilio, & secundum illud proferunt sententiam, legendo solum consilium: quæro, an valeat talis sententia: & respondent non valere, quod illud sit votum unius Dd. privati carentis iurisdictione, sed necesse esse, ut antequam legatur consilium iudex scribat in calce ipsius, nos iudex pronuntiamus, ut in supra scripto consilio continetur. Et hæc tamen ratio satis frivola videtur, quod satis intelligatur nomine iudicis promulgatum consilium, non nomine Doctoris, modo alias formam sententiæ habuerit: & citra verba illa subscripta, satis intelligitur, quod iudex ipse pronuntiaverit. Adducit ibid. *Marant. numer.* 15. aliam rationem, quod periti consulti, soleant responsa sua concipere per verba quæ habent tractum in futurum, ita ut non condemnent vel absolvant, sed tantum absolvendum vel condemnandum esse reum dicant. Sed respondeo vel quod hoc sit ex accidenti, & quod possint etiam tanquam nomine iudicis in tempore præsenti loqui: vel potius, quod utcunque diversum, putent *Marant. d. numer.* 15. *Vantius d. nullit. ex defectu processus num.* 90. *&* 91. sententia hoc modo concepta, non sit habenda pro nulla, cum satis constet de mente iudicis, qui super iis quæ apud se acta fuerunt, sententiam ferre voluit: cum & alias sententia per verba æquipollentia ferri possit, & satis sit pronuntiare iudicem V. C. reum Titio debere decem, aut ex more veteri, videri eum debere decem: & quod hoc pro nullitate in Camera Imperiali non habeatur, videre est ex aliqua in multis sententiis collectis à Doctore Bar. quibus non nisi hæc verba continentur, daß Beklagter zu erledigen oder zu verdammen sey: neq; enim existimo ab autore brevitatis studio reliqua omissa fuisse.

LIT. C.

Secundum formam.] De forma ſententiæ pluribus agunt *Marant. & Vant. cit. locis*: ſed Tr. hac th. hoc unicum proponit, quod ipſe iudex debeat proferre ſententiam, id eſt ore & lingua propria nuncupare, (nam alias etiam quod per alium quis facit ipſe feciſſe videri poteſt.) per *l. 2. C. d. ſentent. ex periculo recitand.* ubi tantum excipiuntur illuſtres perſonæ, quibus per officialem ſententiam proferre permittitur: quod & hodie in omnibus fere iudiciis ordinariis obſeruatur, ut actuarius iudicii ſententiam ex ſcripto legat: de qua conſuetudine alibi etiam recepta atteſtatur *Maranta part. 6. de ſent. n. 56.* eamq; conſuetudinem inde ortum traxiſſe exiſtimo, quod ut plurimum iudicia ordinaria ex pluribus perſonis conſtant.

Quid ſi plures] Si plures ſint iudices, omnes ait Tr. pronuntiare debere: quod ſi conferatur cum præcedenti, & quod dixit ipſum iudicem loqui debere, ſequetur quod omnes iudices ſententiam proloqui debeant: quod quamvis velle videatur *Zaſ. in l. duo ex tribus 39. h. t. num. 5.* abſurdum tamen videatur, ſiquidem iudices idem ſentire proponas. Illud autem verum eſt, quod de omnium ſententia & iudicio ſit ferenda ſententia, & quidem ab omnibus coram, quoniam omnibus commiſſa eſt cauſa cognoſcenda & iudicanda *l. tunc autem, 27. & l. 39. h. t.* quod ampliat Tr. etiamſi unus requiſitus adeſſe nolit: quoniam propterea non minus verum eſt eum conſtitutum eſſe à ſuperiori, ut ſimul cognoſceret cauſam, eoque ſi pertinaciter abeſſe pergat, ille qui dedit adeundus erit. Addit Tr. idem eſſe, ſive requiſitus adeſſe nolit, ſive pecunia ſit corruptus, ut nec hoc caſu valeat ſententia, & pro hoc confirmando duos adducit textus. 1. *in cap. ad probandum, 24. h. t.* Verum illud capitulum loquitur de excommunicato, qui ſpeciali ſanctione iuris Can. prohibitus eſt iudicare: & ead. ratione nulla futura eſt ſententia ſi quis ex iudicibus alio quo vitio laboret, de quo actum eſt ſupr. *part. 1. diſput. 12.* pecunia autem corrumpi extrinſecus advenit: & tamen idem in hoc vitio eſſe Tr. probare velle videtur ex *l. venales, 7. Cod. quando provocar. non eſt neceſſ.* ubi dicitur ſententiam latam à corrupta pecunia iudice, citra provocationis auxilium infirmari. Et haud

tamen

tamen scio an hæc recta sit collectio: sententia lata ab eo qui iudex esse non potuit, & eo qui pecunia corruptus est, utraque est nulla: ergo etiam utroq; casu pluribus iudicibus datis sententia est nulla: quoniam illo quidem casu persona per se ad iudicandū inepta est, non autē hoc, ut proinde satis esse debeat, cæteros iudices recte & ex fide sententiam dixisse: cū præsertim etiam in antecedente aliquid desiderari possit, cum longe maior sit nullitas quæ oritur ex defectu habilitatis, quam quæ ex causa corruptionis. Neq; movet si dixeris, ꝙ priori etiam casu iudex inhabilis possit esse pro nullo, ut cæteri sufficiant: etenim ex quo delegans per tot numero iudices causam cognosci voluit, nō potest sententia valere V.C. à duobus tantum lata: quæ ratio in hoc casu cessare videtur, in quo personæ iudicis per se nihil opponi potest.

Aliud est si adsit.] Absente uno iudice non possunt iudicare cæteri quod *Zas. in l. duo ex trib. 39. h. t.* ampliat ex Ias. ut idem obtineat, si tempore sententię ferendæ contumaciter adesse nolit, licet toto tempore cognitionis interfuerit. Quod si adsit, sentētia valet, sive contradicat *d. l. 39. h. t.* sive plane iudicare nolit, iurando scilicet, rem sibi non liquere *l. Pomponius 36. h. t.* ubi pluribus hoc explicat Zas. quod ibid. in genere ex iure veteri tradit *Duar. cap. 2. in fin. h. t.* cui iniuriam facit Tr. hic quasi ille hoc tantum ad iudicia divisoria restringat, sed id facit in alia quæstione *cap. 3. in fin.* de qua mox dicemus.

Quid si omnes præsentes.] In hac controversia sententiarum diversarum hæc communiter recepta distinctio est, quod aut sententiæ sunt numero impares, & prævalet ea, quæ numero vincit, licet collegæ sint dignitate superiores *Zas. in l. Pomponius 36. h. t. num. 15. & in l. inter pares 38. eod. num. 5.* quoniam scilicet in iure ferendi suffragij eandem autoritatem habent: aut sunt numero pares, & subdistinguuntur tria membra: quod aut quæritur de iudicibus ordinariis, aut datis sive delegatis, aut arbitris compromissariis. Primo casu sententia alterutra statim valet, quæ scilicet minorem continet summam, aut est pro reo: nisi causa alterius partis sit favorabilior, veluti libertatis, testamenti, dotis &c. quæ & aliæ referuntur *in cap. ult. h. t. & à Zas. in l. inter pares 38. h. t. num. 2.* quod sublimitatur, nisi sententia pro parte favorabili militans, sit manifesto iniqua, *Zas. in d. l. 38. num. 3.* per textum ad hoc expressum *in l. si pars 11. d. in-*

offic.testam. quæ licet de causa testamenti loquatur, tamen ex identitate rationis ad similes causas recte extenditur, Tr. autem hanc sublimitationem ad sententiam absolutoriam retulit: non absurde, quoniam hæc in dubio aliis præfertur. Secundo casu ubi sunt diversæ sententiæ iudicum delegatorum, in pendenti esse tradunt alterutram sententiam, donec à delegante confirmetur *Gloss. Ias. Zas. & alii Dd. in l. duo iudices* 28. *h. t.* ubi hanc rationem diversitatis reddunt, quod iudicum datorum & delegatorum ius omne pendeat à delegante, ordinarij autem iudices singuli propriam habent iurisdictionem: quamvis fortassis ex ratione iuris veteris distinguendũ videatur inter iudices pedaneos, & eos qui habent mandatã iurisdictionem, quod hi plane ordinariorum vice fungantur. Et in hunc modum conciliant Dd. vulgo textus *in d. l. duo iudices* 28. *& in l. inter pares* 38. *h. t.* ut videlicet illa de iudicibus datis, hæc de ordinariis accipiatur, quamvis verba textus *in dict. leg.* 38. vix hanc explicationem patiantur, quod verbum iudicis iure nostro pedaneum soleat denotare: nisi quis ideo *d. l.* 38. de pedaneis iudicibus nõ posse explicari existimet, quod causa status, de qua ibi tractatur, maiores iudices desiderat *l. non distinguemus* 32. §. 7. *d. receptis arbitr.* & fortassis cognitio illa ad iudicium cẽtumvirale pertinuit, de qua re actum supra *part. 1. disput. 12. th. 7. lit. F.* Minus probanda est, licet non displiceat Zas. altera conciliatio *Accurs. in d. l.* 28. quam putat de ordinariis iudicibus accipi posse, iis videlicet casibus, quando discerni non potest, utra sententia prævalere debeat, velut in iis iudiciis, in quibus uterq; est actor & reus: quod dissimulato Accursij nomine magis videtur probare *Duaren. hic c.* 3.

Quod ad arbitros cõpromissarios attinet hactenus in illis idem quod in iudicibus, ius est, ut uno absente reliqui iudicare non possint *l. item si* 17. §. *ult. cum l. seq. d. recept. arbitr.* licet aliud statuat ius canonicum *in cap. ult. d. arbitr. in* 6. ubi hac ratione pontifex utitur, quod absentia unius arbitri repleatur præsentia Dei: quæ tamen ratio non minus militat in pluribus iudicibus, in quibus ibid. Pontifex nihil vult mutari. Hoc autem in arbitris speciale, ut si eorũ suffragia numero paria sint & sententiæ diversæ, neutra habeat vigorem: quod probatur ex *d. l.* 17. §. *principaliter* 6. *d. recept. arbitr.* ubi negat ICtus cogi debere arbitros sententiam ferre, si in duos tantum sit compromissum, quod scilicet diversis datis sententiis, neutra sit valitu-

valitura: ideoque remedii loco proponit ICtus *in d. §. 6.* ut prætor duos arbitros tertium assumere cogat. Et ratio differentiæ est, quod cum arbitri privata conventione constituantur, non est qui medium se interponat, & alterutram sententiam autoritate sua cōfirmet: & hæc tria membra iudicum ordinariorum, delegatorum & arbitrorum ita nominatim distinguuntur & definiuntur *in cap. ult. h. t.*

Porro quæ Tr. à pr. lit. c. multis lineis tradit, iudicib. magis datis convenire videntur, de quibus etiam omnes fere citati textus loquuntur: imo quædam ex iis iudicib. ordinariis competere non videntur, veluti ut iurent, sibi non liquere, quod prætorem vel proconsulem aut quem alium eius generis magistratum facere nō potuisse constat: sed plures iudices, qui moribus Romanis ex ordine equestri vel senatorio in criminalib. causis iudicabant, in obscura causa ex lege tabellaria duobus inscriptis literis N. L. suffragia ferre poterant, quo facto dicebatur reus amplari, ut notat *Asconius Pædian. in tertiam orationem contra Verrem.* Amplius posito collegio iudicum ordinariorum, verum nō ex stimo quod Tr. ait, uno absente cæteros iudicare non posse. Et tamen apparet ex Tr. *in vers. quid si omnes, & in vers. quid si duo,* quod omnia præmissa accommodat ad iudices ordinarios: quoniam ut valeat sententia mitior & favorabilior, de quo *in d. vers. quid si omnes,* non nisi in ordinariis verum est: & *in d. vers. quid si duo,* demum incipit agere de iudicibus delegatis, ad quos restringit sententiam *l. duo iudices 28. h. t.* Quæ adeo vitio non carent: sicuti non minus vitiosum, quod ad *d. vers. quid si omnes,* ubi pro regula proponit, si plures iudices in diversas summas condemnaverint, minimæ stari, exceptionis loco subiicit, nisi plures numero iudices, maiorem summam amplectantur: quoniam regulæ illi præmissæ tum demum locus est, ubi sententiæ numero pares sunt, quod & ratio suadet, & *notat Zas. in l. inter pares 38. h. t. n. 9.*

Quid si ipse delegans.] Si ipse delegans sententias diversas dederit, neutram valere ait Tr. ubi primo non videtur recte tractari de sententia eius, qui causam alteri expediendam delegavit: nisi forte Tr. abusive per delegantem intelligit eum, qui ius delegandi habet, i. e. ordinarium. Et tamē in hoc ēt, non intelligo quomodo hoc procedat: quoniā prior sentētia aut fuit interlocutoria, & posterior valebit, quoniā interlocutoria retractari pōt: aut prior fuit definitiva, &

posterior nulla erit, quoniam definitivan sententiam judici mutare fas non est. Nec quicquam huc facit *cit. l.* 14. *C. d. fid. instrum.* quoniam à diversis non fit illatio, & possunt diversa instrumenta in iudicio produci, ut de alterutrius fide & veritate iudici constare nequeat, iudex autem duas definitivas sententias ferre non potest. Et est hoc regulare, ut ubi revocatio alicuius actus prohibita est, valeat quod prius actum est: sicut ex adverso, revocatione permissa, posterius valet, unde posterius testamentum semper priori est potius. Cęterum de variis diversorum iudicum sententiis, earumque coniunctione, vide Cuiac. 12. *obs.* 16. *Alciat. lib.* 9. *parerg.* 14. *& Alber. Gentil. disput.* 7.

THESIS III.

LIT. A.

Pergit Tr. tractare de formalibus sententię, sub quę tamen male videtur referri obiectum, res in iudicium deductę, quę sane ad formam sententiæ non pertinent: & minus adhuc quod requiritur summa vel causa non excedat iurisdictionem iudicis: quod alias perspicuam habet rationem, quoniam extra illam summam aut causam iudex est incompetens, eoque hoc tractandum erat th. pręced. lit. B. Pertinet autem ad istam quæstionem tractatio *l. si idem* 11. *d. iurisdict.* in qua tres casus & quæstiones proponuntur. 1. si quis plures actiones contra eund. habeat, easq; simul moveat, quarum summa coniuncta excedat iurisdictionem, sed separatim considerata sit infra iurisdictionem, respondet ICtus iurisdictionem esse fundatam, neque fieri cumulationem summarum, ad effectum impediendi istius iudicis iurisdictionem. Ratio perspicua est, quia sunt plures causæ & re ipsa distinctæ petitiones, quas cum separatim exequi licuisset, earum coniunctio non debet impedire iudicis alias super singulis competentis, iurisdictionem: quod Ias. *in d. l.* 11 male restringere videtur ad iurisdictionem ordinariam: etenim non animadverto, quamobrem delegata iurisdictio, ut Ias. ait, sit odiosa, & cur non ead. ratio sit in iudice delegato, qui fungitur partibus delegantis.

Altera species *in* §. 1. *d. l.* 11. propter diversas lectiones & intellectus,

ctus, paulo videtur esse intricatior: & ait ICtus: si mutuæ sint actiones, & alter minorem quantitatem, alter maiorem petat, apud eundem iudicem agendum esse ei qui quantitatem minorem petit, ne in calumniosa potestate adversarij mei sit, an apud eũdem litigare possim. Et *Ant. Fab. in rationalibus in d. l.* 11. vult legi, *qui quantitatem maiorem petit*: quam lectionem etiam agnoscit & explicat Accurs. & amplius idem Fab. pro, *calumniosa*, substituit, *calumniosi*, & idem peius, pro, *possim*, reponit, *possit*. Sed potest commode vulgata lectio defendi, ex hac simplici textus illius resolutione. Lucius Titius à Seio petit aureos quinquaginta: Seius ab eodem petit centum, quæ summa eius iudicis excedit Iurisdictionem. Ideoque excipit Titius, summam hanc, apud istum iudicem à se peti non posse. Quæritur quid iuris? Respondet ICtus, exceptionem hanc elidendam replicatione mutuæ petitionis, ita ut qui minorem summam petit, apud eundem iudicem super maiori summâ, quam reus petit reconveniendo, respondere cogatur. Ratio decidendi est. Ne adversarius ACTOR sua exceptione efficere possit, ut ego nequeam apud eundem iudicem, ad quẽ ab ipso vocatus sum, ius meum persequi. Hac explicatione, quam iuvat verbum EVNDEM, nihil mutatur in textu: & scilicet quod dicitur agendum esse ei qui minorem summam petiit, significat in iudicio consistendum & respondendum esse. Et istum intellectum magis tandem probat *Iason in d. l. si idem colum* 4. *in fin.* tenendum, inquit tertium intellectum, qui est melior, ratio est magis plana in textu: nam actor reconventus ad maiorem summam coram iudice, reclamabat & nolebat ibi posse conveniri: deciditur in hoc textu, quod invitus potest reconveniri ibid. ad maiorem summam: hactenus Iason. Tertius casus *in* §. *ult. l.* 11. *d. iurisdict.* satis ex se perspicuus est.

Sententia tamen divisibilis.] Ait Tr. quod tamen sententia divisibilis valeat usque ad limites supplicantis. Equidem *Cuic.* 12. *obs.* 2. & *textus cit. in l.* 29. §. 1. *d. minoribus l.* 21. *in princ. d. arbitr.* hoc probant, quod de diversis & separatis capitibus possint ferri diversæ sententiæ, & quod ex sententia quæ plura capita habet, unum illorum cæteris salvis possit retractari. Sed nõ videtur iis probari, quod si quoad summam petitam sit incompetens iudex, propterea sententia valere debeat, si iudex infra illam summam pronuntiaverit: quæ quæstio in eo versari videtur, an spectãda sit summa petita, an vero

Sententia divisibilis valet usq. ad limites supplicantis.

quæ pronuntiatione iudicis definita fuit. Et posterius quidem sequitur ex sententia Tr. sed ego istud falsum, & prius verum esse nõ dubito, *per l. pen. in fin. d. iurisdict.* non obscura ratione, quoniam iurisdictionem iudicis in principio litis fundatam esse oportet, & ius actoris ex libello eiusque intentione æstimamus, neque debet esse in potestate iudicis ut hoc modo tribuat sibi ius pronũtiandi: Neque obstat huic sententiæ *l. ult. §. ult. C. d. appellat.* vel quia constitutio specialis extendenda non est, vel quia loquitur in casu dubio, quo non constat, an res sit infra an ultra decem vel viginti libras auri, vel quia loquitur de iudicibus maioribus, qui extra casum ibi propositum non limitatam habent iurisdictionem. Quod si proponas, iudicem pronuntiasse ultra limites iurisdictionis suę, minus verum erit quod ait Tr. sententiam valere usque ad terminos iurisdictionis. Pone iudicandi potestatem concessam esse usque ad centum aureos, petita trecenta, & super iisdem pronuntiatum fuisse, iuxta opinionem Tr. valebit sententia usque ad 100. aureos: quod ego tamen nusquam traditum & falsum esse existimo. Quod si forte iudex super causa aliqua certa, veluti tutelis, fideicommissis &c. habeat iurisdictionem, & simul super aliis plane diversis capitibus pronuntiet, potest admitti, ut super illo capite, de quo penes ipsum iurisdictio fuit, sententia valeat. Et hoc fortassis vult Tr. vel etiam, quod facilius admittetur, ut si diversa capita sint petitionis, super illo, cuius cognitio ad ipsum pertinet, iudex recte pronuntiet: quod colligi posse videtur ex limitatione, quam obscuris licet verbis subiecit, *aliud dixero, si totum erat in iurisdictione iudicis, neque de tota lata sit sententia*: ut videlicet intelligat, si totum illud & omnia quæ petita sunt, sint in iurisdictione iudicis, de omnibus etiam ferendam esse sententiam: ita enim citatus *Francisc. Vivius lib. 1. commun. opin. 419. incipit, iudex condemnans num. 1.* quod sententia non valeat, quæ non est lata super toto: quod tamen opinioni citati *Cuiac. 12. obs. 2.* in casu quo distincta sunt capita, parum convenire videtur.

Hinc etiam est.] Pertinet ad confirmandum quod dixerat, non posse cognoscere iudicem extra & ultra terminos iurisdictionis suę. Et membrum prius, quod qui cognitionem habet civilium causarum, non possit cognoscere de criminalibus, plane liquidũ est, quoniam imperium merum non competit sine speciali concessione.

Sed

Sed ex adverso non ead. ratio est, quoniam cui maius concessum est, minus etiam concedendum videtur: nisi nominatim ad criminales causas fuerit restricta cognitio: quoniam totum hoc pendet à determinatione legis & supremi magistratus, à quibus solis omnis est iurisdictio.

Imo amplius.] Amplius ait sententiam debere esse conformem libello: sed imo nihil amplius dicit, quā quod dixerat in thesi, sententiam debere ferri de rebus in iudicium deductis, hoc autem in iudicium deducitur, quod petitur in libello, & super quo partes litem contestantur. Illud autem ineptum videtur, quod statim subiungit, sententiam debere esse conformem libello, in tantum, ut si iudex in genere condemnaret, pecuniam petitam solvi debere, nō valeat sententia: etenim imo ita sententia conformis libello, & per relationem certa est, ut mox dicemus: & ex eo efficitur, pro iisdem habuisse Tr. sententiam debere esse conformem libello, & debere esse certam: quæ tamen omnino sunt diversa.

Debet esse conformis libello.

Cæterum propositio hæc, quod sententia libello conformis esse debeat, non ita crasse & ruditer accipienda est, quod alias semper totum quod petitur, adiudicandum, & reus semper condemnandus esset: sed scilicet regula illa significat, quod iudex extra metas libelli iudicare & vagari non possit: idque ostendit quæ in hanc rem citatur *l. ut fundus* 18. *commun. divid.* ubi dicitur, ultra id quod in iudicium deductum est, potestatem iudicis excedere non posse: *&c licet Heli* 31. *d. simonia. vers. tunc enim*, vbi Pontifex monet, ut iuxta iudicij formam sententiæ quoque forma dictetur: etenim eo quoque ista regula pertinet, ut quatenus fieri potest, reus convictus, ad eum modum quo petitum est condemnetur, *per l. ult. C. d. fidei commiss. libert.* Et hinc recte infert *Gail.* 1. *obs.* 66. *num.* 1. quod sententia lata super inepto libello sit nulla, quoniam exinde ipsam quoque, quia extra libellum ferri non potest, ineptam esse consequitur: bene *Iason in* § *curare* 32. *Inst. d. action. numer.* 27. *& seqq.* ubi recte ait, 1. non dici sententiam difformem libello, si ubi pars ad interesse egit indefinite, judex certam quantitatem determinet. 2. quod regula de conformitate sententiæ, procedat quo ad causam & res in libello petitas, non quo ad conclusionem. 3. sententiam posse ferri super non petitis, si sint de natura petitorum, & ex eodem fonte.

Altera

De certitudine

Altera huius loci quæstio & tractatio est de certitudine sententiæ, quæ requiritur à legibus, *tot. tit. C. d. sentent. quæ sine cert. quant.* quoniam cum finis sententiæ sit, ut lis & controversia finiatur, hic finis non potest obtineri per incertam sententiam, quippe quæ post se aliam requirat. Ideoque certa sententia ferenda est, etiamsi petitio sit incerta, ut expresse traditum est *in §. curare 32. Inst. d. act.* (& vel hinc apparet propositionem præmissam de conformitate sententiæ ad libellum, sane esse accipiendam) quibus scilicet casibus petitioni incertæ locus est, veluti ex causa obligationum faciẽdi, ex quibus petitur interesse, quod à iudice definitur, & aliis id genus casibus, quos referunt interpretes, & præcipue *Iohann. Fab. in d. §. curare 32. Inst. d. action.*

Certa e sentia vel per se vel per relationem.

Est autem sententia certa vel per se vel per relationem: quod posterius multipliciter contingit, veluti ad locum vel tempus, ut notat & explicat *Zas. in l. ait prætor. 5. §. si iudex 1. h. t. nu.* 13. vel ad quantitatem antea determinatam *Zas. ibid. arg. l. 7. §. 1. d. contrah. empt.* vel ad instrumentum certum, veluti testamentũ *iuxta d. l. 5. §. 1. h. t.* ubi valet sententia, restitue quod habes ex testamento de quo *Zas. ibid. numer.* 3. vel denique ad libellum & petitionem actoris: valet enim sententia, si iudex solvere iubeat quod petitum est *l. in sententiis 59. §. 1. h. t.* idq; est quod ait Tr. quod per relationem ad formulam petitionis sententia fiat certa: ita enim puto eum dicere voluisse, licet verba aliter habeant, *quod sententia fiat conformis petitioni*: hoc enim, ut paulo ante dictum præcise necessum non est, & male confunduntur diversæ quæstiones, de sententiæ conformitate ad libellũ, & de eiusdem certitudine. Videtur autem sibi contradicere Tr. dũ paulo ante ait, non valere sententiam, si iudex condemnet, pecuniam petitam solvi debere: quod quidem *per textum in d. l. 59.* falsum est, nisi restringatur ad casum, quo incertum in libello petitũ est. Et hoc tamen de relatione ad petitionem, limitatur à Dd. & post eos *Zas. in d. l. 5. §. 1. h. t. nu. 6.* ut obtineat, si modo aliqua parte actorum probatoriorum constet de veritate petitionis. Quod licet repugnare videatur generalitati text⁹ *d. l. 59.* ubi simpliciter dicitur, quod valeat hæc sententia, solve quod petitum est: puto tamen admitti, & hoc subintelligi posse *in d. l. 59.* quoniam semper iudex presumitur pronuntiare secundum probationes, præmissa causæ cognitione: de quo, & an probatio sit de substãtia iudicij, dicemus ad

lit.

lit. C. Quæritur autem de hac sententiæ formula, solve quod debes: & eam non valere simpliciter affirmat Tr. estque in eam rem textus expressus *in l. quid tamen 21. §. Pomponius 3. d. recept. arbitr.* inutilem esse hanc incertam sententiam, *redde quantum ei debes:* neq; enim quisquam distinguere possit aut distinguit hac in re inter sententiam iudicis & arbitri. Sed tamen Za. s. ex Dd. putat valere talem sententiam, si aliqua parte actorum probatoriorum, veluti ex depositione testium constet de quantitate & summa debiti: cui sententiæ non obstat ratio, qua in contrarium moveri videtur *Ioh. Fab. in §. curare. 32. Inst. d. act. nu.* 10. quod probationes non raro sint dubiæ, & possit reus negare, se sufficienter per testes & instrumenta esse convictum: etenim respondetur quod iudex ita pronuntians, hoc ipso approbare intelligatur acta probatoria, & ostẽdere, se ipsis fidem habuisse, quippe quod hæc potestas & facultas iudici concessa sit *l. 3. §. eiusdem 2. d. testib.* Et confirmatur Dd. ista sententia *ex l. 3. C. d. sentent. quæ sine cert. quant.* ubi dicitur condemnationem sine certa quantitate factam valere, si parte aliqua actorum certa quantitas sit comprehensa: quæ verba efficiunt, ut incerta sententia etiam citra relationem expressam ad aliquam partem actorum, (licet ad hunc casum male restringere videatur *Gloss. d. l. 3.*) sustineatur: quoniam hoc tantum requiritur, ut aliqua parte actorum certa quantitas sit comprehensa: & proinde *d. l. 21. §. 3 d. recept. arbitr.* ad illum casum restringenda erit, quo nulla parte actorum certa quantitas continetur: &, ut colligamus, ex mente Dd. *in d. l. 5. §. 1. h. t. & in l. 3. C. d. sentent. quæ sine cert. quant.* ita distinguendum: quod aut iudex expresse refert se ad certam partem actorũ, veluti, solve quod debes, iuxta libellum aut instrumentum productũ, aut non se refert: illo casu aut parte ea non expressa certa quantitas, & sententia nulla est: aut est expressa certa quantitas, & sententia omnimodo valet, sive illa pars sit de actis probatoriis, sive assertoriis, cuiusmodi sunt, libellus, positiones, exceptiones &c. *Zas. in d. l. 5. §. 1. n. 7.* quoniam iudex referendo se actis illis tantum utitur ad determinandã sententiam. Hoc casu subdistinguitur, quod aut non apparet ex actis vel aliqua eorũ parte, de debito eiusve quantitate, & nulla est sententia: aut apparet ex parte actorum, & valet sententia, actorum scilicet probatoriorum, quæ, ut paulo ante dictum, per sententiam censetur approbasse iudex: non autem sufficit apparere, ex actis as-

sertoriis, quoniam ut recte *Salicet. in d. l. 2.* ea dubia sunt, & ab altera parte negata: neque ullo modo ita concludi potest, petij à te centum, ergo centum debes. sed ita rectius concluditur, instrumento aut testibus probavi te mihi centum debere, ergo centum debes: & potest adeo ista tacita quædam ad acta relatio haberi: *add. Ias. in §. curare 32. Inst. d. action. num 36.* Videtur autem iam dictis obstare, & responsum IC. *in d. l. 5. §. 1. h. t.* impugnare *l. ubi autem 75. §. qui vero 6. d. V. O.* ubi dicitur, certam esse hanc stipulationem, dare spondes quod Seius debet, vel quod ex testamento debes. Responderi potest. 1. quod sit illatio à diversis, quoniam ratio, quæ sustinet sententiam, quod iudex ita pronuntiando acta censetur probare, cessat in specie *d. l. 75. §. 6.* 2. quod in casu *d. §. 6.* tractatur de condictione incerti & certi, quæ ut competere possit, longe maior & exactior certitudo requiritur quam in sententia. 3. quod aliud sit, ex testamento aliquid habere, ut *in l. 5. §. 1. h. t.* aliud, ex testamento deberi, quod propter leg. Falcid. plane incertũ esse potest: quin & fortassis *in d. §. 6. in vers. quamvis,* corrigitur, quod *in pr. §.* propositum erat. Secundum hæc errabit Tr. dum simpliciter sententiam hanc, solve quod debes, inutilem esse affirmat.

Limitatio.

Denique hic limitationis loco addendum, licet etiam ubi petitio incerta est, sententia tamen certa ferenda sit, ut monet *Iustin. in §. curare 32. Inst. d. action.* attamen aliquando hoc aliter se habere, ut valeat sententia incerta, veluti in iudicio universali, & ubi ex natura obligationis incerta petitio est, ita ut certũ nec peti possit, quod accidit in obligatione generali aut alternativa *§. plus autem 34. vers. huic autem Inst. d. action.* hic enim eiusdem generis sententia quoque fertur, ut notat *Ioh. Fab. in d. §. curare num. 10. vers. secundo casu,* de quo agitur infra *disput. 27. th. 3. lit. d.* Est & aliud exemplum sententiæ incertæ *in l. 2. C. d. sentent. qua sine cert. quant.* si quis petierit se servari indemnem: *adnot. th. seq. lit. A.*

LIT. B.

Lite contestata.] Hæc quoque ad formam sententiæ non recte refertur, aut omnes actus fere iudiciales de forma sententiæ futuri sunt. Sed Tr. voluit proponere omnia ea, quibus omissis sententia est nulla, ex quorum numero est litis contestatio, quoniam pertinet ad

net ad substantialia & essentialia iudicii, ut tradunt *Vant. d. nullit. ex defectu processus, numer. 28. Marant. part. 6. membr. 10. d. litis contest. num. 1. Geil. 1. obs. 75. numer. 1. & seqq.* qui plures allegant. Interest autem an intelligatur solennitas litis contestationis, per certam verborum formulam, an vero res ipsa & simplex partis alterius contradictio aut negatio. Primo sensu non concesserim, nisi lex aut consuetudo in specie hoc velint, litis contestationem esse de essentia iudicii: sed admiserim sensu posteriori, quoniam citra eiusmodi contradictionem iudicium constitui non potest, ideoq; si reus simpliciter negaverit, aut contradicendo articulis actoris responderit, non putaverim iudicium esse nullum. Quo facit quod in instantia secunda litis contestatione opus non est, ut notat *Geil. 1. obs. 76.* & in Camera Imperiali non attenditur quod litis contestatio facta non fuit, idem *Geil. 1. obs. 75.* quod ex eo hic refert Tr. cuius tamen verba ambigua sunt & duplicis sensus, vel quod non curet Camera eiusmodi nullitaté in iudicio inferiori commissam, vel quod in ipso iudicio Camerali non sit opus litis contestatione: prius verum, posterius falsum est, teste *Geil. d. obs. 75. numer. 6.* sed ista non sunt huius loci.

Alia quæstio de litis contestatione alieno itidem loco movetur à Tr. an quis ad litem contestandam cogi possit: quod affirmat Tr. eamque communem esse conclusionem testatur *Marant. d. part. 6. memb. 10. d. lit. contest. num. 8.* ubi quod ait præcise cogi posse, commode accipiendum est, non ut omnimodo ad id cogi queat quod nulla ratione obtineri potest, cum consistat in facto, sed ut sub certarum pœnarum comminatione id facere iubeatur, veluti si non pareat, ut pignora capiantur, ut mulcta ipsi indicatur, ut etiam, quod ibid. addit *Marant. post Bald. in leg. 1. Cod. d. litis contest. in 5. quæst.* persona detineatur, ut missio fiat in bonorum possessionem: quæ remedia excepta tamen detentione personæ, etiam proponit Salicet. *in dict. leg. 1. Cod. d. lit. contestat. num. 5.* ex quibus posterius hoc remedium missionis in possessionem, procul dubio ordinarium est, ut procedatur tanquam contra contumacem, ut bene *Cyn. in dict. lege prima. numer. 10.* ubi tamen & illa remedia admittit: idque & sequitur *Bald. ibid. columna secunda. quæst. 5.* quod scilicet iudicium reddatur in invitum, nec minus adeo hic quam in aliis iudicij partibus, officium suum iudex

impartiri possit. Sed quid porro, si, ut *Bald. cit. loc.* proponit, reus omnia pati malit, quam litem contestari, anne propter contumaciam à iudice lis pro contestata haberi poterit? quod negant Cyn. Bald. & Salicet. cit. locis, quoniam litis contestatio ad essentiam suam requirat verba. Sed fortassis rectior ratio est, quod non potest constare iudici, an reus sit negaturus nec ne, ut proinde ad cognitionem causæ & condemnationem iudex non videatur procedere posse: & hic itaque necessum erit, ut per missionem in possessionem actori consulatur: quanquam cum effectus huius rei sit, ut porro contumaciter absente reo per secundum decretum bona distrahantur & actori satisfiat, nihil video impedire, quo minus iudex aliquando ex causa litem pro contestata habere, & sententiam condemnato iam proferre, eandemque legitimo modo executioni mandare possit. idque firmatur *ex* N. 112. *cap.* 3. §. 2. *&* 3. ex qua actore non comparente post simplicem libelli oblationem, potest iudex audire allegationes rei, & sententiam ferre definitivam: ut proinde litem pro cõtestata haberi liceat inferre. Diversum autẽ ab hac quæstione est, quod tradunt Dd. *Bald. in l. si eum §. qui iniuriarum, numer.* 4. *si quis cautionibus in iudicio &c. Ioh. Fab. in §. pænales. Inst. d. perpet. & tempor. act.* longam moram quam in accipiendo iudicium trahit reus, pro litis contestatione haberi, ad eum scilicet effectum, ut actio perpetuetur & in heredes transmittatur *argum. l. constitutionibus* 33. *d. O. & A.*

Quomodo fiat litis contestatio.

Tertiam quæstionem de litis contestatione hic proponit Tr. quomodo ea fiat, de qua tractant Dd. communiter *in d. l.* 1. *C. d. lit. contest. Marant. d. par.* 6. *membr.* 10. *d. lit. contest. quæst.* 2. & dictum supra *part.* 1. *disp.* 12. *th.* 2. & ibi de controversia inter Nicolaum Vigelium & Gædd. quorum opiniones toto genere differunt: siquidem Gædd. nihil aliud putat esse litis contestationem, quam declarationem testato factam de lite suscepta & porro tractanda: sed Vigelius putat esse ipsam causę constitutionem. Et posito, antiquissimo iure litis contestationem istud significasse quod vult Gædd. ea tamẽ explicatio, non potest convenire iuri posteriori, nec illi quidem, quod sub Antonino & Severo obtinuit, qui *in l.* 1. *C. d. lit. contest. in fin.* rescripserunt, litem tum contestatam videri, cum iudex per narrationem negotii, causam audire cæperit: multo minus conveniet iuri Iustin. quo litem contestari partes dicuntur per narrationem propositam,

positam,& contradictionem obiectam: l.14.§.1. *Cod. d. iudic.* quod ipsum tamen recte coniungi potest cum *dict. l.1. C. d. lit. contest.* quæ non nisi inepte imo nullo modo de simplici testatione suscepti iudicii explicari possunt, sed confirmant opinionem Vigelii, pro qua etiam facit verbū Germanicū Kriegsbefestigung / quod nihil aliud designat, quā status causæ constitutionem: quæ scilicet fit per negationem, non per affirmationem sub distinctione, (licet nec hæc respondendi ratio, contra quam male putare videtur Tr. possit esse litis contestatio, eo sensu quo à Gædd. accipitur,) id est, ut explicat Vigelius dum reus fatetur, sed exceptione obiecta se defendit, sed ubi actor porro illi exceptioni contradicit, ut notatum supra *part. 1. disp. 12. th. 2.* Vulgo hodie litis contestatio sub ista formula fieri solet: nego narrata ut narrantur, nego petita fieri debere, & peto me absolvi: quibus verbis veram litis contestationem contineri negat *Vigelius in libell. d. lit. contest. cap.* 2. quod illa confusa sit responsio, nec negans simpliciter nec distinguens. Sed utcunque ratio ista litem contestandi hodie defendi posse videtur, quoniam ratio hodierna iudiciorum non fert, ut initio statim litis, exceptiones replicæ & duplicæ proponātur, eoque ad sustinendam formulam illam litem contestandi satis esse debet, si quod ei deest, postea in processu explicetur. Quod autem Vigelius, antiquitus etiam litis contestationem nihil aliud quam causę constitutionem fuisse existimat, nō immerito dubium recipere potest, & fortassis verius, sensim ad istam formam litis contestandæ deventum fuisse, iuxta notata *d. disput. 12. part. 1.*

Lit. C.

Auditis probationibus.] Vel hinc apparet valde late accipi à Tr. phrasin illam qua in pr. th. utitur, ad formam sententiæ pertinere. Quæstio autem principalis huius lit. est an probationes sint de essentia & substantia iudicii: quod affirmat Tr. sed *Bald. in l. licet. 2. C. d. iudic.* magis inter sententiam absolutoriam & condemnatoriam distinguere videtur. Dd. autem communius sentiunt contra Tr. quod sententia sine probationibus lata non sit ipso iure nulla, quā opinionem tanquam communem referunt & sequuntur *Zas. in l. divus 53. h. t. num. 5. Vant. d. nullit. ex defect. process. num. 37.* ubi alias ra-

auditis probationibus.

tiones refert, quod talis sentẽtia tantum sit contra ius partis, quod probationes non pertineant ad esse, sed tantum ad bene esse iudicii, & quod probationes sint de ordine iustitiæ ideoq; omissæ non nullam, sed iniquam tantum faciant sententiam. Sed obiicitur, quod cum sine probationibus non videatur esse posse causæ cognitio, hæc tamen omnino ad substantiale iudicii pertinere videatur: quoniam cum iudiciũ hic nobis sit rei controversæ apud iudicem disceptatio, non potest ut iudex considerari, qui nullam adhibuit causæ cognitionẽ. Sed dici potest quod cognitio qualisqualis causæ, etiam sine probationibus esse possit: nam & Vant. qui probationem de essentia iudicii esse negat, citato tamen loco *num.* 30. causæ cognitionem inter essentialia iudicii refert. Et sane deficientibus omnibus probationibus, quo casu communi iure absolvitur reus, causæ cognitioni locus est. Sed porro dubium movet, quod attestante *Zas. d. loc.* communius ibid. tradunt Dd. etiam si iudex probationes à partibus oblatas non recipiat, sententiam tamen ipso iure nullam non esse futuram, quo casu videtur cessare cognitio causæ. Sed nimirum considerãdum hic esse videtur, quod iudex aliquando iure & rite probationes reiicere possit, vel quia eas inhabiles esse vel quia se satis instructum esse putat. Et, ut paucis dicam, si quasi in Idea & in abstracto præsupponamus, iudicem omnino sine probationibus, sententiam dicere, crediderim sententiam ipso iure esse nullam: quoniam de eo quod nescit iudex, pronuntiare ut iudex non potest, quo facit vetus formula à prætore data, si paret eum dare oportere, sine probationibus autem parere non potest. Sed quoniam in hypothesi sciri non potest, quid moverit iudicem, neque quod sine probationibus iudicaverit, certo & liquido dici possit, fit ut de essentia iudicii probationes esse non videantur. Ex quo sequitur semper præsumendum esse, siquidem iudicem ut iudicem consideramus, quod intervenerint probationes, eoque in idea loquendo verius esse, quod sententia sine probationibus lata, pro nulla sit habenda: videlicet sententia condemnatoria, quoniam ex certa regula iuris ad absolvendum reum satis est, eum convictum non esse: quæ rectissima distinctio est *Baldi in d. l. 2. C. d. iudic.*

Hinc autem infert Tr. non valere sententiam hanc, condemno te si est probatum: quoniam videlicet est conditionalis, suspenditque &

que & in dubio relinquit id, quod est de essentia iudicij. Videtur tamen hoc ad eam tractationem potius pertinere, an valeat sententia incerta: & video non tantum *à Francisc. Vivio cit.* sed etiam *ab Angelo in § curare 32. & ibid. à Ias. num. 39.* affirmari, tanquam communiter receptum, quod hæc sententia valeat, ut tamen adiiciatur, *alias absolvo.* Sed aut ego valde fallor, aut absurda & falsa opinio est, quod hoc modo non deciditur controversia, sed alia sententia opus est: neq; valere potest sententia, ex qua non nascitur actio rei iudicatæ, quæ ex huiusmodi sententia quomodo oriri possit non animadverto, quippe quod reus satis ab actore probatū esse semper sit negaturus, simulque obiecturus, quod conditionaliter ipse sit absolutus. Illud non satis capio, quidnam illa clausula, cuius in f. huius lit. meminit Treut. *prout hactenus solitum est*, ad sententiam incertam faciendam, & omnino ad eam annullandam operari possit.

LIT. D.

Causa plane cognita.] Hac de re paulo ante aliquid dictum est: & fortassis pro *plane*, legendum erit, *plene.* & pertinet hoc sane ad iudicis officium, qui procul dubio graviter peccat & iniquus est, si præcipitanter hic agat, quod notat *Vant. d. nullit. ex defect. process. n. 32. & seqq.* sed de quo hic agitur, quod hoc pertineat ad formam sententiæ, & quod hæc propterea sit nulla, prorsus falsum est. Neq; quod causa est materia sententiæ, non quidem ex quo, sed potius circa quam inferre possis, quod plena causæ cognitio ad eius essentiam pertineat.

Quin & conclusum in causa.] Siquidem non cognita plene causa, sententia non est ipso iure nulla, nec nulla erit propter omissam conclusionem in causa: & citatum *capit. iudicantem 11. caus. 30. quæst. 5.* officium iudicis respicit, qui non nisi omnibus auditis & excussis probationibus, & postquam ulterioribus partes utrinq; renuntiaverunt, sententiam proferre debet. Sed & interest inter conclusionem in causa, ut ita loquar, expressam & tacitam: illam intervenire nihil necessum est, sed hanc intercedere decet, ut videlicet non ante feratur sententia, quam nihil amplius à partibus productū iri apparet. Et vero si iudex post præfixum terminum ad probandum peremptorium elapsum sententiam ferat, nec inique nec nulliter senten-

ſententiam eum dicturum exiſtimo: cæteroquin inique, aget, ſed nulliter non aget, ut paulo ante dictum: *vide Vant. d. nullit. ex def. proceſſ. num.* 45. *Marant. part. 6. act.* 15. *d. concluſ. in cauſ. num.* 1. ubi ait in regno, lapſis terminis ipſo iure concluſum in cauſa cenſeri & *nu.* 9. *ibid.* cum Dd. negat concluſionem in cauſa eſſe ex eſſentialibus iudicij.

LIT. E.

Fiat in scriptis.

Idque fiat in ſcriptis. Hoc demum vere & proprie ad formam ſententiæ pertinet: & eſt ea mera & nuda iuris civilis ſolennitas *l. 2. & 3. ubi Dd. C. d. ſentent. ex pericul. Marant. part. 6. d. deciſor. iud. art. 1. d. ſentent. num. 12. Vant. d. nullit. ex defect. proceſſ. num. 69. & ſeqq.* Quæritur autem hic, quidnam ſibi velit in rubrica iam dicta Cod. verbum, *periculi*: ita enim, *de ſententiis ex periculo recitandis*, non tantum in Florentina, ſed etiam in vulgata editione legitur, & *in Cod. Theodoſ. lib. 4. tit. 17. Et Alciat. 1. diſpunct. 21.* tentat illud ad experientiam & quaſi periculum memoriæ referre: vel ideo male, quod ſententia non memoriter pronuntianda, ſed ex ſcripto legenda eſt. *Cuiac. 5. obſ. 25.* putat periculum ſignificare indicem, eamque explicationem adductis aliquot autorum locis nititur cõfirmare: quem non male refutat *Hottom. 3. obſ.* 20. & oporteat ſane tropum illum valde eſſe hiſpidum & durum, ut periculum pro ſcriptura accipiatur: ideoque rectius fortaſſis *Budæus in l. fin. d. ſenator.* vult legi, *ex breviculo*, quod ſequitur Tr. & in edition. Haloand. rubr. concepta eſt, *de ſentent. ex libell. recitand.* quod Rebuffo tribuitur, ſed nimium abit à receptiſſima lectione. Porro per iniuriam imputare Dd. videtur Tr. quod illi ex verbo, *periculi* diſputent, quomodo ſententiæ ſine periculo recitari poſſint, id eſt, ohne gefahr: cuiuſmodi quid nõ reperio apud Odofred. Cyn. Bart. Bald. Salicet. Caſtrenſ. ſed illi, quoniam in *l. 1. C. de ſentent. ſine peric. recitand.* dicitur ſententiam recitandam eſſe ex ſcripto, cui ipſi addunt, quod ſit ferenda in loco conſueto, occaſione inde, non vero à verbo *periculi* ſumpto, quærunt an valeat ſententia ſi iudex extra locum conſuetum in turri, vel equo aut currui inſidẽs, ſententiam ferat: quod admittunt Dd. in caſu neceſſitatis, & ſi iudex propter metum ſolennitates ordinarias obſervare non poſſit: idque ipſum eſt quod Tr. lit. ſeq. tradit, propter neceſſitatem imminentem ſuper turrim ferri poſſe ſententiam.

tiam. Cæterum *Azo in summa Cod.* non quod Tr. vult tradit, sed alias a gutatur, an ineptit potius, quod sicut medicinæ cum periculo dentur, ita quoq; sententiæ non sine periculo proferantur.

LIT. F.

Loco consueto.] Id quidem ità procul dubio obtinet in iis, quæ causa cognita fi bant, & decretum desiderabant, eoque pro tribunali expedienda erant: sed alia non pauca domi expediri quoq; poterant, & in itinere ut loquitur ICus *in l. 4. d. interrogat. in iur. faciend.* & quæ adeo hinc excipienda erunt, de quibus pluribus agit *Revard. cap. 7. pro tribunal.* & dictum aliquid supra *part. 1. disp. 4. th. 1. lit* D. sed hic in specie de ferenda sententia tractatur. Excipit autem Tr. iudicem delegatum, quem quocunque loco, honesto tamen iudicare posse ait, prout traditur à *Gloss. in l. si locus 59. d. iudic. Salicet. in l. 1. C. de sentent. ex pericul. num. 3. Marant. part. 6. d. sentent. num. 70. & 71.* Verum aut intelligit eum cui mandata est iurisdictio, aut iudicem pedaneum: ex quibus ille videtur iudicare debere in loco mandantis, cuius partibus fungitur, quod plerique admiserunt in delegato ad universitatem causarum, teste *Marant. d. loc.* hic autem olim ad tribunal prætoris sella posita iudicare solebat: & *facit d. l. si locus 59. d. iudic.* ubi dicitur si non adiectus sit certus locus, iudicandū esse eo loco, quo iudicari solet: & hinc etiam *Iustin. Nov. 82.* iudicibus inferioribus certum locum assignavit. Loco consueto fiat.

LIT. G.

Interdiu.] Dies naturalis dupliciter dicitur, 1. spatium illud quo sol ad eundem terminum redit, videlicet 24. horarum, computatum de momento ad momentū, qui dies apud Romanos incipiebat à media nocte. 2. Dicitur spatium illud à luce usque ad tenebras, à sole oriente usque ad occidentem: quo pertinet illud *ex l. 12. tabb.* sol occasus suprema tempestas esto: quæ verba etiam eo referri possint, ut sol occasus sit suprema tempestas agēdi in iudicio: quod suadent verba præcedentia in ead. *l. 12. tabb.* ante meridiem causam coniicio, post meridiem litem præsenti addicito. Vbi, ut obiter hoc addam scrupulum movet, quod *Plin. lib. 3. cap. ult.* scribit, duodecim tabulis ortum tantum & occasum nominari. Et video à quodam Fiat interdiu.

hæc ita componi, quod 12. tabulis quidẽ duæ partes, ante meridiẽ & post meridiem distinctæ fuerint, sed ipse meridies non fuerit designatus. Quod cuiusmodi sit intelligere non possum, cum utique qui ante meridiem & post meridiem dicit, etiam ipsum meridiem agnoscat: & ineptum sit existimare, hanc fuisse sententiam Plinij, quod 12. tabb. præcise momentum illud, quod medium diẽ diffindit, non fuerit expressum. Expeditior conciliandi ratio est, ut quod ipse Plinius post aliquot annos adiectum fuisse ait, ita l. 12. tabb. insertum fuisse dicamus, perinde ac si ab ipsis decẽviris expressum fuisset. Sed, ut ad Tr. redeamus, intelligimus hoc ab eo dici, post solis occasum, & ut loquitur *Francisc. Vivius lib. 2. opin. 709. incipit, sententia lata*, cum tenebræ sunt, supra terram, sententiam pronuntiari nox posse: ad quod probandum *à Marcill. ad ll. 12. tabb. cap. 8.* miror adduci *Plinium lib. 4. epist. 9.* ubi, actionem eam, inquit, ceu prælium non diremit: cum tamen interruptam saltem actionem suam non plane finitam dicat, sed porro cliente ipsius desiderante, dixisse, eoque finiente accusatorem porro in noctem illatis lucernis perorasse. Quo ipso loco impugnatur communis hic à Tr. relata sententia: quoniam si nocte causam disceptare eiusque merita proponere licet, quidni etiam nocte sententia possit promulgari. Nec quicquam obstare videtur, si ponas iudicem non publice & sub dio causam cognoscentem & tractantem, præsertim ad mores hodiernos, quibus iudex post omnia hincinde producta & cõclusum in causa acta demum inspicere, & ex iis sententiam ferre solet: idq; se cum iudicis partibus fungeretur, fecisse, & de nocte in causis civilibus & criminalibus multas sententias pronuntiasse, *citato loco Viu.* testatur, adhibitis tamen, quod omnino necessariũ esse putat, tribus ad minimum luminibus: quam tamen ego observationem ineptam esse non dubito, natã ex inepto fundamento, petito *ex l. 1. §. d. inspiciendo 10. vers. mulier. ante dies in fin. d. ventr. inspic.* ibi, *tria lumina ne minus ibi sint.* videlicet ad excludendum periculum subiectionis & suppositionis partus, quoniam, ut statim ibi additur, tenebræ ad subiiciendum sunt aptiores: quam rationem ad promulgationem sententiæ nihil pertinere apertissimum est. Et dixerim fere, ea omnia quæ domi potuerunt expediri à magistratibus & iudicibus, ut *in leg. 4. d. interrogat. d. iur. faciend.* ea etiam de nocte recte facta fuisse: sed quæ pro tribunali fiebant vel ad pedes tribu-

nalis

nalis in subselliis à pedaneis iudicibus, ea apparet de nocte fieri non potuisse, quoniam hoc tempore magistratibus in publico esse inconveniens erat *leg.* 2. §. & quia 31. *d. orig. iur.* Et quod ista solennitas temporis nihil sit essentiale, argumento est, quod tradunt *Franciscus. Viv. d. loc. Marant. part. 6. d. sentent. num.* 92. si iudex multis negotiis occupatus alias sit, aut partes præsentes sint & consentiant, recte de nocte sententiam ferri. Cæterum quod sententia de nocte ferri possit, non probatur ex duobus textibus qui vulgo huc adduci solent *ex Nov.* 82. *cap.* 3. *& ex l.* 2. §. *& quia* 31. *d. orig. iur.* Nam cū *Iustin. in d. cap.* 3. tantum faciat mentionem temporis matutini & meridiei, apparet per verbum, *vespera*, intelligi illud tempus, quod à meridie vel post meridiem usque ad noctem excurrit. Sed *in d.* §. 13. quinque viri non ad ius dicendum, sed ad providendum & prohibendum nequid noctu per vim aut tumultum fiat, constituti intelliguntur. Illud expeditum est, quod in fin. huius lit. monet Tr. sententiam esse ferendam die consueto, id est die fasto non feriato, quod etiam notat *Marant. sæpe d. loc. num.* 88.

LIT. H.

Pro tribunali.] Hoc quidem inepte & falso requiritur ad rationem iuris antiqui, quo in causis privatis, iudices pedanei iudicabāt non ipsi magistratus, qui pro tribunali super diversis causis decreta aut etiam aliis ex causis, quæ ad collegium centum virorum, equitum vel senatorum, quibus prætores præsidebant, sententias ferebant: ut proinde iure isto omnino particulare esse oporteat, quod Tr. hic proponit qui ipse lit. F. tradit, delegatos quocunq; loco sententiam ferre posse: itaque hoc ad magistratus tantum ordinarios pertinebit, ut hi more maiorum consueto loco sententias ferant *l. pen. d. iustit. & iur.* nec proinde diversum erit ab eo quod tradidit *d. l. fin. arg.* eius quod hic citat *Nov.* 82. *c.* 3. ubi sancit Iustin. ut iudices à se constituti in certa quadam Basilica iudicent, iudices autem illos utpote inferiores tribunal non habuisse constat. Pro tribunali.

LIT. I.

Citatis ad hoc litigatoribus.] Diximus de hoc supra *part.* 1. *disp.* 12. Citat. ad hoc litigatoribus.

th.15.lit.c. ubi probavimus sufficere unam citationem nec opus esse trina, in quo hic labitur Tr. Quod inter absentes iudicatum non valere dicit, ambiguum habet sensum: vel quod nulla unquam præcesserit citatio, & verissima est sententia Tr. aut quod præcesserit citatio, litis contestatio &c. sed ad sententiam audiendam saltem partes citatæ non fuerint: & hoc casu iure nostro res aliquantum dubia, & tamen sententiam non valere verius est, per notata dicto loc. limitat autem hoc Tr. nisi reus contumaciter absit, quoniam absurdum sit reum contumacia & malitia sua processum iuris & executionem sententiæ impedire posse. Addit Tr. post litem contestatam: quoniam per hanc iudicium & iurisdictio iudicis fundatur, ita ut sententiam ferre possit, quod ante litem cōtestatam non potest, sed ordinario more missionē in possessionem bonorum decernit.

Contumacem autem verum esse constat, qui in dolo est, & cum posset, sese non sistit, eoque apparet contumacem esse non posse, qui morbo sontico impeditus ad iudicium non occurrit: idque hic tradit Tr. *in vers. contumax non erit &c.* cum quo male cohærent verba sequentia, *eo enim casu invitis litigatoribus & iudice diem differri puto indistincte.* Etenim non dubitatur, an hic sit contumax nec ne, verum, an & quomodo hoc casu dies differatur. Et *Zas. in l. quæsitum 60. h. t.* existimat, si iudex ignorans infirmitatem pronuntiaverit, sententiam ipso iure valituram, sed restitutionem in integrum datam iri: facit quod ipso iure tenet, quod fit contra absentem reipublicæ causa: facit quod *in l. 2. §. 3. si quis cautionibus*, cum aliis exceptionibus, quibus qui iudicio se stiturum promisit, defenditur, hæc quoque à morbo sontico desumpta coniungitur. Sed Henricus Suerin. *1. repetit. lect.* 30. sententiam hoc casu nullam esse putat: quod ante eum docuit male pro diss. citatus *Cuiac.* 12. *obs.* 18. ubi expresse ait, quod ipso iure propter morbum sonticum dies diffindatur: pro qua sententia facit *d. l. 60. h. t.* ubi invito iudice dies differri dicitur, (quamvis ex hoc scientia iudicis colligatur) & l. 12. tabb. *si morbus sonticus aut status dies cum hoste intercedat si quid horum unum fuerit iudici arbitrove, reove, dies diffisus esto:* quamvis & hoc in persona rei ad exceptionem proponendam referri possit.

Quid si morbus.] Iniquum sit per morbum alterius qualemcunque iniquam mihi conditionem inferri: ideoque merito quæritur qua ratione sit subveniendum actori, si morbus ille sonticus diur-

net:

net:& Tr.vel curatorem bonis dandum vel procuratorem mittendum respondet. Equidem iis qui perpetuo morbo laborant curatorem dari posse constat: sed nos hic temporarium morbum ponimus:&fere non nisi bonis, quorum dominus non extat curator dari solet. Ideoque illud rectius se habet, quod de procuratore constituendo Tr. tradit, quod si contumaciter ægrotus facere recuset, ordinariis iuris remediis contra eum tanquam alium contumacem procedi posse non dubitaverim: & hoc scilicet si morbus sit longior, cæteroquin dum convalescat reus expectare tenebitur actor, quippe quod ipsa lex propter morbum diem diffindat & differat: de qua re etiam, an & quando procurator mittendus sit, tractat *Zas. in d.l. quæsitum 60. h t. nu. 6. & seqq.*

Adversarius in iudicio præsens.] Ait necesse non esse, ut citetur adversarius qui in iudicio est præsens, licet dilationem ad respondendũ petere possit. Quod verum est, si ei V. C. offeratur libellus, quo casu dilatio negari non potest, ut secum deliberet, cedere an contendere velit. Sed in eo qui ad sententiam audiendam citatur, de quo casu hic agitur, procul dubio hoc falsum est, quoniam nulla hic opus deliberatione, sed ut se sistat, & sententiam audiat: sed de hac quæstione actum est *supra part.* 1. *disp.* 4. *duobus locis.*

In genere notandum.]Hoc dicere vult Tr. quod hodie regulariter non soleant partes in specie citari ad audiendam sententiam, sed sufficiat citatio unica generalis ad totam causam, de quo agitur cit. à Tr. locis.

THESIS IV.

Lit. A.

Rei certæ.] De certitudine sententiæ dictum est *th. præced. lit. A.* Quod autem statim negat definiri posse, quid certum, quid incertum sit, ita intelligendum videtur, ut non possit definiri in singulis casibus, cæteroquin in genere quid certum aut incertum sit, declaratur & definitur *in l. certum* 74. *cum seq. d. V. O.* quamvis hanc explicationem vix admittant verba Tr. quibus in universum id definiri posse negat: sicut & male huc adducitur ad istud probandum *l.* 32. *in princ. d. usur.* ubi negatur certo definiri posse, quando mora

Quomodo sententia debeat esse certa.

commissa dicatur, sed à diversis non fit illatio: nisi forte Tr. ex ratione ICti *in d.l.32.* ita vult argumentari. Quicquid facti est, certo definiri non potest *d.l.32.in princ.* atqui quid certum quid incertum sit est facti, ut hic expresse tradit Treut. ergo certo definiri non potest. Verum oportet aut egregiam committi fallaciam homonymiæ, in verbis, *facti esse*, aut propositio minor perspicue falsa est, quoniam quid certum sit, quid incertum, non dependet ex facto, sed iure nostro definitum est: & omnino eo sensu hoc facti dici, quo *in d l.32.d.usur.* facti esse dicitur, quando mora sit commissa, falsum iuxta & absurdum est. Deinde quod ad propositionem maiorem attinet, in hac quidem quæstione, nulla est connexio, & vitiosa prorsus illatio: quæstio facti non potest definiri iuxta *l.32.d.usur.* ergo nec iudex potest super certa quantitate sententiam ferre: imo, quod dicitur *in dict. leg.32.* eo pertinet, ut non possit certis regulis ICtorum definiri, quando mora commissa dicatur: sed iudicis est hoc æstimare & definire, quippe cui omnino super hoc pronunciare necesse est, quoniam eius rei gratia, ut quod incertum est, determinetur, itur ad iudicem, cuius officium maxime circa quæstiones facti occupatum fuit, ut ipse fatetur *Tr. supra part.1. disput.4.th.1. in fin.*

Quoniam autem hic de certitudine sententiæ, quam libello conformem esse debere vulgo traditur: hic agit Tr. obiter præter notata *th.praced.lit.A.* hic addere libet, quod petitio regulariter debeat esse certa, potest autem aliquando esse incerta, ut apparet ex *§.curare.Inst.d.action.* idque contingit his fere casibus. 1. quando ipsa obligatio, secundum quam actio instituenda est, super incerto est contracta veluti alternative aut in genere, licet hæc non absoluta sed respectiva sit incertitudo. 2. quando in obligationem deductum est factum, quoniam hic succedit interesse, & factum non tam in obligatione, quam potius in sola est præstatione, de quo alibi tractatur: cuius interesse æstimatio permittitur arbitrio iudicis *argument. legis quartæ. Cod. d. act. empt. leg.4. §. ult. leg.5. §.3.d.in lit. iurand.* ubi autem declaratio incertitudinis non est in potestate actoris, quod fit ubi iudex æstimat, admittitur libellus incertus, ut ex Dd. tradit *Ias. in d. §.curare 32. Inst. d. action. numer.57.* 3. admittitur incerta petitio, quando res ab actore certificari non potest velut in specie *l.qua de tota 76. §.1. d. rei vind.* 4. in actionibus universa-

ve salibus, veluti petitione hereditatis. 5. in actionibus generalibus, veluti negotiorum gestorum, pro socio, tutelæ, quæ ita appellantur *in leg. pro socio* 38. *D. pro socio.* 6. quando incertitudo provenit ex facto adversarij, ut ex Dd. tradit *Ias. in d. §. curare Inst. d. action. numer.* 12. velut in casu *leg. si quando* 9. *Cod. vnde vi. ubi hoc notat Iason colum.* 2. *vers. unum tamen.* 7. in accessoriis veluti fructibus & expensis, ut notat Ias. ibid. ubi etiam *numer.* 16. in genere docet, quod ubi etiam alias certa petitio requiritur, incerta tamen non sit nulla, nec processum faciat nullum, sed parte non opponente valeat, modo incertitudo postea declaretur in processu. Et denique docet Iason d. loc. valere talem petitionem, qua quis petit castrum cum suis pertinentiis & iuribus, & ibidem plura id genus exempla proponit. Et hinc defendi potest, quod ut Treut. hic ait, valeat petitio incerta usurarum & aliarum accessionum. Atque hæc de petitione: addamus pauca de sententia, quam magis certam esse oporteat quam libellum, quoniam determinandæ incertitudini aditur iudex, ut Iustin. constituit *in dicto* §. *curare*, iudex sententiam certam ferre debet, etiamsi super incerta quantitate apud ipsum fuerit actum: ubi tamen ex verbis adiectis, *quantum possibile ei sit*, colligunt Dd. aliquando sententiam posse esse incertam, veluti si actio sit universalis aut ex obligatione alternativa vel generali, de quo actum *th. praeced. lit. A. in fin.* & quædam exempla eiusmodi sententiarum proponit *Ias. in d. §. curare Inst. d. action.* Illud autem dubio non caret, quod Tr. hic statuit, usuras & alias accessiones etiam generatim posse adiudicari: quod quidem excitat. textib. non satis probatur: nam expensarum litis, quæ in actionem non veniunt, diversa videtur esse ratio: & in cap. cum venerabilis d. except. & *in cap. cum ad sedem d. restit. spoliat.* hoc saltem, quod incerta petitio, *peto castrum cum pertinentiis & iuribus*, admittatur, probatur: sed alia ratio est sententiæ quæ etiam tum certa esse debet, ubi petitio incerta est, *d. §. curare*: in quo non obscure labi videtur *Duar. in l. in sententiis* 59. *h. t.* ubi in hac quæstione à petitione ad sententiam argumentatur, & male quoque respondere videtur *ad leg.* 3. *Cod. d. sentent. quæ sine cert. quant.* quasi ibi sub quadam conditione, si eas deberet reus ad usuras condemnatus fuisset: & rectius quis dixerit ibi simpliciter etiam quoad sortem incertam fuisse sententiam. Et pro opinione Tr. non

obstante

obstante *d.l.59.* quæ etiam quo ad usuras certam condemnationem requirere videtur, defendi possit, sententiam generalem de præstādis usuris, certam dici posse per relationem, & hoc variis modis. 1. si in instrumento probatorio appareat quantitas usurarum, iuxta *not.th.praced.lit.A.* 2. si consuetudine regionis & loci sit determinata certa quantitas usurarum. 3. si determinata sit aliqua lege. Ex quo tanto magis confirmatur opinio Tr. quoniam iure Iustin. definita est usurarum quantitas *l.eos 26.C.d.usur.* Et tamen certitudo ea non videtur esse omnimoda, quin ex circumstantiis variari possit, ut proinde nec certa possit esse relatio, quod tamen omnino necessum est: quo facit, quod ex sententia *Salicet. in l.3.C.d.sentent. qua sine cert. quant.* non valet sententia nec per expressam relationem ad instrumentum quod in actis productum non fuit: quamvis idem *argum.l.5.§.1.h.t.post Bald.in d.l.3.in fin.* distinguat, an in actis eiusmodi instrumenti mētio facta sit nec ne, ut illo casu iudex ad instrumentum se referre possit: quamvis mihi verius videatur, simpliciter posse fieri relationem, ad effectum determinandi sententiam, quod solum leges requirunt. Videtur autem Tr. quo ad usuras, etiam obstare, *l.præses 27.h.t.* ubi sententiam, per quam quis in usuras usurarum condemnatus fuerat, valere ait IC. si modo certæ quantitatis fuerit: ergo etiam requiritur in usuris expressio quantitatis: nisi dixeris ibi actū de usuris debitis ex stipulatu, quæ propria actione petebātur. Est & alia responsio, ibi ideo proponendam esse certam quantitatem usurarum: quod alias non possit dici condemnatio in usuras usurarum facta, quod ex quantitate deprehenditur: aut, si in usuras usurarum expresse condemnatio facta fuisset, sententia esset ipso iure nulla: de quo *in fin.th.5.lit.A.*

Ex his autem apparet, non esse speciale statuendum in usuris, cum in his quoq; determinatio per relationem requiratur: sequitur & hoc, quod alia sit ratio expensarum, quæ per relationem certæ fieri non possunt.

LIT. B.

Vt contingit in interesse.] Videlicet ut agatur super incerta summa: quod tamen non æque in omnibus interesse speciebus obtinere, ex seqq. patebit. An autē latine dicatur interesse pro substātivo, non

non multum refert: & id quidem existimant, quos sequitur Tr. *Anton. Fumaeus & Coras. 1. miscellan. 20. Forcat. dial. 41. in prin.* ex illo Persij, scire tuum, & vivere nostrum. Sed mihi tamen hæc non prorsus similia videntur: vel quia vivere, scire, absolute positiuum aliquid significant, & actum: vel quia formulæ istæ loquendi à Græcis tractæ, & verba ista ponuntur pro nominibus, tua scientia, nostra vita: cuiusmodi nomen nullum est, cuius loco & vice, verbũ, interesse, usurpari possit: sed & sunt ista Poetica, quæ nemo in soluta oratione usurpet. Recte autem ait Tr. cum Coras. verbum interesse eo modo & sensu, quo vulgo utimur, in iure nostro non usurpari: nam quod attinet *ad l. debitor. 82. in fin. princ. d. legat. 2. & l. 35. §. ult. d. contrah. empt.* & Florentina & Haloandri lectio ita habet ut Coras. notat & ex eo Tr. illic, *interusurium*: hic, *teneri venditorem*.

Interesse autem Dd. vulgo *in l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest*, dividunt in conuentum commune & interesse: sed de explicatione harum specierum ut apparet *ex Bald. & Salicet. in d. l. un. in princ. Cyn. ibid. num. 13.* inter eos non satis convenit: & iuxta gloss. interesse commune dicitur pretium rei commune & vulgare: conventum autem ipsum pretium conventum, aut quod alias ex obligatione debetur: veluti cum dicimus ex stipulatione de iudicio sistendo teneri quem ad interesse, quo ipsa vera quantitas in iudicium deducta cõtinetur. Licet autem varia hic obiici soleant, quod præsertim vulgo interesse dici soleat lucrum cessans & damnum emergens: attamen *Bald. in d. l. un.* ita putat salvari posse Gloss. quod sumpserit interesse latius, & iuxta subiectam materiam *in d. l. un.* quod videlicet interesse singulare non possit excedere duplũ pretij communis aut conventi. Verum aut abutitur Bald. cum aliis verbis, interesse singularis, aut non videtur verum quod dispositio *d. l. un.* ne interesse excedat duplum, tantum pertineat ad interesse singulare: etenim interesse, ad quod re non tradita agit emptor, & ipsum quoque ex sententia *dict. l. un.* non debet excedere duplum, quod olim contra erat *l. 1. in prin. d. action. empti*: quod tamen regulariter & proprie loquendo, certe frequenter non singulare sed commune interesse videtur: & alias vix ullum futurum sit interesse commune, iuxta propriam definitionem eius quod interest. Rectius autem & magis proprie videatur loqui, quos refert etiam *Salicet. in d. l. un.* qui interesse statuunt esse unum, sed quod tripliciter

Quotuplex sit interesse.

Mmm

æstimetur, communiter ex conventione & singulari affectione ut tamen nihilominus ratione huius diversæ æstimationis, in qua cõsistit essentia eius quod interest interesse triplex statui possit: ut hoc sensu singulare dicatur, quod cuiusque singulatim interest: commune, quod regulariter cuiusq; interest: & ex conventione, quod ipsæ partes determinarunt, veluti, ut Gl. in quocunque contractu: vel, ut alij, in obligationibus faciendi per subiectam pænalem stipulationem, succedentem in locum interesse, quod alias probandum & à iudice æstimandum venit. Interesse affectionis subdividitur à Dd. *Salicet. in l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest. nu.* 8. *Cyn. ibid. num.* 14. quod aliud sit affectionis simplicis, aliud affectionis & utilitatis simul, & hoc vel vero vel præsumptive, cum videlicet propter dolum & contumaciam in litem iuratur. Prioris generis interesse, quod affectionis simplicis appellatur, exempla proponũt ipsi Dd. citati *Cyn. & Salicet. & alii in l. si in emptione 35. d. minor. l. libertus 36. d. bon. libert. l. cum servus, mandati l. 7. d. servis exportand.* nec minus ijdem Dd. tradunt, quod propter hoc simplex interesse affectionis detur quidem aliquando actio, cui alias locus nõ esset, sed quod propterea non augeatur æstimatio & condemnatio, ideoque nec dubitant quæstionem de hoc genere eius quod interest, ab hac tractatione, præsertim *l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest,* esse removendam. Sed posteriorem speciem huc pertinere tradunt, cuius exempla ponunt in libro qui huic vel illi propter notas forte ad scriptas, utilior est, quam alij: itemque in fundo, ex quo fontem habente irrigari possunt prædia vicina, quem habere non æque expediret ei, qui prædia remota habet. Huc etiam referri potest quod tradit *Bald. in l. 2. C. d. rescind. vendit. colum* 4. de equo, quem forte peritus equitandi maioris emeret, quam scholaris, eius rei imperitus: itemque de libro incorrecto, cuius errata non curaret Doctor Iuris, sed curaret scholaris imperitus. Et ex his iudicium fieri potest de disputatione Donell. contra Dd. *in tractatu de eo quod interest capitulo tertio.* quod nec satis intellexerit sententiam Dd. vel per errorem aut iniuriam eam impugnaverit. Nam 1. cum Dd. interesse, quod conventum appellant, non uno intelligant modo Donell. ita disputat, quasi hoc tantum Doctoribus esset interesse conventum, quod per stipulationem pænalem obligationi de faciendo subiicitur. Deinde contra hanc speciem interesse

teresse conventi quæ obiicit Donell. magni momenti non sunt: pœna, inquit, etiã tunc petitur, cũ nihil interest: & ut pœna constituta aliquid stipulatoris intersit, non ideo tamen pœna exigitur, quoniã nostra interest, sed quia promissa est, remota omni quæstione an intersit, *l. stipulatio ista 38. §. alteri d. V. O.* Ad ista non difficilis est responsio, esse fallaciam homonymiæ in verbo, interesse, quod in specie sumptum opponitur ei, quod in stipulationem pœnalem est deductum: quod ipsum tamen laxiori significatu non inepte interesse appellari potest, quoniam subrogatur in locum eius, quod in specie dicitur interesse, & quoniam partes tanti intelliguntur æstimasse id quod interest, licet revera fortassis tanti non intersit: facit quod *Iustin. in §. ult. Inst. d. V. O.* monet, ut stipulationi de faciendo subiiciatur stipulatio pœnalis, ut ita necessitas probandi id quod interest, evitetur. Sed in disputatione de interesse singulari, quod Dd. appellant, magis offendit Donell. & primo dum putat interesse istud singulare de quo disputant Dd. tantum fundari in quatuor illis textibus paulo ante citatis: hoc enim falsum est, quia isti textus tantum loquũtur de interesse simplicis affectionis, quod ipsi hinc removent Dd. quamvis etiam nulla prorsus consequentia sit: si in textibus cit. propter interesse hoc singulare non augetur æstimatio, ergo nullo casu augeri potest. Deinde non minus peccat Donell. dum tanquam adversus Dd. disputans ad iam dictos textus respondet, ibi quidem dari actionem, sed non propterea augeri æstimationem: etenim ut non semel iam dictum hoc ipsi Dd. fatentur, & istud interesse hinc removent: Et igitur nimis iracunde, ne quid gravius dicam Donell. distinctionem Dd. stultam, falsam, absurdam & inutilem appellat, eiusque adeo sententiam male sequitur Tr. Præsumptivam utilitatem & interesse appello, ubi propter contumaciam & dolum rei res iuramento in litem æstimatur: nam & hoc non inepte sub interesse singulare referri posse videtur. Licet enim revera res propterea pluris non fiat *l. 1. d. in lit. iurand.* tamen in pœnam contumaciæ, tanquam pluris res esset, & pluris interesset actoris, rem ita æstimare permittitur.

Sive rem sive æstimationem.] Ait interesse non esse nisi unum, sive res sive æstimatio spectetur. Quibus forte verbis removere & improbare vult duplicem rationem distinguendi, paulo ante relatam

quod alii interesse revera triplex, alii unum tantum, sed triplicem æstimationem habere tradunt. Illud constat, quod Tr. subiicit, interesse aliquando esse auctius, aliquãdo diminutius: quod refertur *ex Emilio Ferret. ad l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest. ad verbum, dupli lit.* C. ubi ait non esse dicendum quod interesse sit triplex, sed tantum unicum, quod varietur secundum plus & minus, quæ non faciant diversas species. Et ibid. Ferret. in hoc argumento: quotuplex est pretium, tot sunt etiam species eius quod interest: atqui triplex est pretium, ergo &c. negat propositionẽ minorem, quod scilicet pretium commune, conventum & singulare specie differant: sed ut maxime non sint omnino accurate distinctæ species, docendi tamen causa nihil impedit, quo minus eius modi species aut quomodocunque appelles, constituantur: cum præsertim, non tantum ratione eius, quod plus vel minus est, sed etiam in aliis tum hæc pretiorum genera, tum ex iis eius quod interest, deductæ species, distinguantur. Cæterum mihi in maiori quoque præmissi argumenti propositione, aliquid desiderari posse videtur: neque enim sine homonymia & ambiguitate pretium rei interesse appellari potest: V. C. in emptione, si res culpa venditoris nõ tradatur, interesse ad quod agitur, non est ipsum pretium, quo res vendita fuit, sed lucrum cessans & damnum emergens ex eo, quod res iuxta legem contractus tradita non fuit.

Procedit enim interesse.] Interesse non esse nisi unicum, hoc medio probare conatur Treutl. quod interesse procedat ex culpa & facto. Quæ illatio prorsus inepta est, quoniam cũ & culpæ & longe magis factorum plurimæ & diversæ sint species, ex eo, quod interesse ex culpa & facto procedat, non nisi absurde ad unitatem eius quod interest, inferri & concludi potest. Sed & interesse singulare utilitatis tum veræ tum præsumptivæ, venit ex culpa, veluti si à venditore res nõ tradatur, vel à depositario non restituatur: nec minus ad interesse conventum agitur ex culpa rei, qui non præstitit quod & quando cõvenit: eoq; omnes partes illationis Treutl. vitiosæ sunt, dum ex hoc medio termino, quod interesse procedat ex culpa, infert ad negationem specierum quas statuunt Dd. & ineptior est, dum ex eod. infert, interesse non deberi ex æquitate: quoniam cum verissimum & receptissimum sit, interesse omni iure deberi, etiam naturali & gent. propositionis istius nulla alia sententia est, quam

quod

quod æquitas suadeat præstari, quod propter alterius culpam ego damnum sensi, vel quod lucro alias obventuro sum privatus: quod rectissime etiam annotavit *Forcat. dial.* 41. *n.* 1.

Duo adhuc hac lit. à Tr. tradita explicatione opus habent. 1. quod etiam in delictis interesse ad quantitatem dupli sit restringédum, idque ex ead. ratione concludere videtur Tr. quod interesse procedat ex culpa & facto. Sed hic quoque nulla apparet connexionis ratio, vel hoc indicio, quod cum etiam, ut paulo ante dictum, interesse conventum per subiectam stipulationem pænalem petatur ob cessationem & culpam, hoc tamen ipso Tr. autore potest excedere duplum. Cæterum quæstionis istius cardo in eo consistere videtur, an constitutio *l. un. C. d. sent. quæ pro eo quod interest. &c.* & quidem prima eius pars, de casibus, qui certam quantitatem habent & naturam, etiam in delictis habeat locum: quod quidem affirmat *Bart. in d. l. un. num.* 26. *& post eum ibid. Ferret.* ubi hoc ab omnibus cõmuniter teneri ait, eoque *in d. l. un.* tantum proponi putat exempla, quæ regulam non restringant, qua generaliter traditur & constituitur, ne interesse excedat duplum iis casibus, quæ certæ sunt quantitatis & naturæ: non tantum autem potest, sed etiam est sæpe in delictis huiusmodi casus, veluti si servus occisus vel vas aliquod læsum aut subreptum fuerit. Videri autem possit in hac quæstione probabiliter distingui inter interesse circa rem & extra rem: V. C. si quis occiderit servum meum actorem, qui negotia & res meas curabat, non putaverim interesse hoc æstimari posse ultra duplum veri pretii: sed secus dixerim in eo interesse quod est circa rem: veluti, ut exemplo hoc ostendatur, si servus institutus heres, antequam iussu meo adiit, occidatur, totius hereditatis æstimatio præstanda est §. *illud* 10. *Inst. d. leg. Aquil. l. inde* 23. *D. eod.* itemque pæna sub qua dominus servum præstare promiserat. *l.* 22. *eod. tit.* & amplius æstimatio causarum & rerum cohærentium quę depretiatæ fuerunt *d.* §. 10. *in fin. d. l.* 22. §. 1. Idem est ex causa spolii interdicto quod vi aut clam *l.* 1. §. *non solum* 41. *d. vi arm.* & in furto *l. inficiando* 67. §. 1. *d. furt.* quibus omnibus casibus duplum veræ æstimationis ipsius rei longissime excedi palam est. Non tamen est absre, quod Cyn. ex Iacob. d. Ravenna docet *in d. l. un. num.* 10. his casibus non esse duplum nec triplum, sed re vera unum simplum: illud videlicet, quod re vera alteri abest: quod etiam nullo citato autore tradit *Donell. in tractatu*

de eo quod interest cap. 6. in fin. siquidem ex causa delictorum non agitur ad simplum aliquod, neque ex iis descendit obligatio simpli, sed quanti interest damnum datum aut rem subreptam non esse *d. l. 1. §. non solum 41. d. vi arm. l. ait lex 21. d. L. Aquil.* Et confirmatur ex *l. venditor 8. d. eviction.* iuxta quam evicto servo qui institutus erat heres, totius hereditatis æstimationem præstare venditor tenetur, quoniam tanti interest emptoris, rem evictam non esse: quod nisi istud interesse & quod abest emptori pro simplo haberetur, utiq; non posset in eam ęstimationem condemnari venditor, quę longe lateque pretium servi excedit, siquidem ex constitutione Iustin. in contractibus utiq; & in casibus certis, interesse non potest excedere duplum.

Alia explicatio.

Possit & alio modo defendi ista sententia, quod cum ex causa delictorum, & evictionis etiam agatur quanti interest, consequenter hic non sit casus certus, sed incertus, qui adeo sub definitionem primam Iustin. non possit referri. Et hinc amplius quis tentaverit, duplum posse excedi, si ex causa emptionis vel locationis propter fidem non servatam ad interesse agatur: vel quia quicquid mihi abest, simplum dici potest: vel potius, quia est actio ad interesse *leg. 1. in princ. d. act. empt.* adeoq; ad incertum. Sed hac explicatione admissa, tota fere eluderetur, imo everteretur constitutio Iustin. *in l. un. C. d. sentent quæ pro eo quod interest*: & cum Iustin. expresse mentionem faciat locationis & venditionis, aut falsa erit constitutio, aut necessario admittendum erit, quod ubi ad interesse agitur, hoc non possit excedere duplum eius pretii quo res vendita est, quoniam aliud simplum, cuius respectu duplũ appellatur, fingi non potest: & consequenter fatendum erit, quod per dictã constitutionem Iust. sublatũ sit, quod traditur *in d. l. 1. in pr. d. act. empt.* id quod propter rem non traditam interest aliquãdo posse excedere duplum. Et huc etiam referendus erit casus, quo pecunia certo loco promissa alibi petitur: ut utilitas actoris, cuius iudex rationem habere debet, non excedat duplum quantitatis promissæ. Licet autem hinc coniicere, quod non multum præstiterit Iust. *in d. l. un.* siquidem pauci videntur esse casus in quibus interesse non excedat duplum: quin & amplius iniqua videri possit ea constitutio, siquidem quantum intersit, facti est, ut nulla constitutione aut lege definiri possit, sed omnimodo arbitrio iudicis sit permittendum: & iniquum est, ut quis

non

non consequatur totum id, quod sua interesse ostẽdere possit. Addo quod ead. constitutio perobscura est, ut fortassis vere dixerit *Forcat. dial.* 41. si reviviscant veteres ICti, non magis eam sanctionem intellecturos quam Sphyngem Thebanam.

Plane à regula Iustin. quod interesse non debeat excedere duplum, semper excipiendus est casus, quo quis etiam in contractibus per dolum alterius damnum accepit: veluti in specie *l. Iulianus* 13. *in princ. d. act. empt.* ex qua qui pecus morbosum vel tignum vitiosum vendidit, tenetur in omne damnum, quod ex ea causa emptor sensit, quod damnum & interesse infinitis partibus æstimationem pecoris venditi aut tigni, excedere potest. Et tamen non videtur revera hæc exceptio esse, quoniam, velut ex sententia Iacobi Ravennatis proponit *Cyn. in d. l. un. C. d. sentent. pro eo quod interst numer.* 5. & prolixe, licet nemine citato repetit *Donell. de eo quod interest capite septimo.* in venditione inest hæc obligatio, dolum malum abesse, abfuturumque esse *l. si cum fundum* 68. §. 1. *d. contrah. empt.* hæc autem obligatio est incerti, eoque non ad primam sed ad secundã partem sanctionis Iustinianeæ pertinet: loquitur autem ICtus *in d. leg.* 13. *in princi. d. action. empt.* de eo qui sciens, & adeo dolose vendidit pecus morbosum vel tignum vitiosum. Cui non obstat quod idem responsum est de eo qui vas & dolium etiam ignorans vitiosum vendidit: etenim in dolio specialis ratio est, quod si pertusum & corruptum sit, re vera dolium non est, quoniam cum instrumentum sit, remoto fine, ut contineat humores, sine hoc fine instrumenti rationem habere non potest: tignum autem non hunc solum finem, ut ædibus & quidem in hac vel illa parte iungatur, sed etiam alios habet fines: qua de re prolixius agit *Donell. d. capit.* 7. *in fin.*

Exceptio

Altera hac lit. B. superest quæstio, an constitutio Iustin. etiam ad pœnas conventionales pertineat, id est ut Dd. loquuntur, ad interesse conventum. Et probo sententiam negantem Treut. his rationibus. 1. quoniam hoc re vera interesse non est, nec in iure nostro ita usurpatur, ut de eo Iustin. sensisse probabile non sit. 2. quia Iustin. profitetur se ibi decidere concertationes veterum, quæ de hoc genere nullæ fuisse videntur. 3. quia videtur ibid. Iustin. informare iudices, quomodo & quantum pronuntiare & adiudicare debeant, qua informatione hic opus non est. 4. quia

An etiam ad pœnas conventionales pertineat.

non

non obscure significat Iustin. causam sibi ad eam constitutionem præbuisse, in certitudinem eius quod interest, quod sæpe nimium æstimabatur. Facit quod evictionis nomine etiam triplum vel quadruplum stipulari licet, *l. si dictum 56. d. evict.* & denique quod traditur *in l. stipulatio 38. §. alteri 17. in fin.* non spectari hic quantum intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis. Limitationem tamen recte hic addunt Dd. quos citat *Fachin. 1. controvers. 50.* nisi stipulatio adiecta sit in fraudem usurarum de quo actum *supra disp. 3. th. 5. lit. B.* Aliam limitationem ibid. addit Fachin. quod iudex nihilominus pænam adiectam moderari, & ad mediocritatem redigere possit & debeat: quæ tamen limitatio sententiã quam ipse Fachin. probat, destruere mihi videtur, & simul rationes paulo ante adductas: quoniam si tantum attenditur qualitas & conditio stipulationis pænalis, & ex ea iuxta rationem iuris datur condictio certi, ut recte hic asserit Tr. non animadverto, ex quo fundamento iudex minorem summam adiudicare possit. Videtur tamen ea limitatio satis convenire verbis Iustin. *in l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest,* ubi ait naturę esse congruum, eas tantummodo pænas exigi, quę cum competenti moderamine proferuntur: cum præsertim pæna ista in locum eius quod interest substituatur, *argum. §. ult. Inst. d. V. S.* quod etiam alias fraus possit fieri constitutioni Iustiniani, & cõstat debitores faciles esse ad promittendum initio contractæ obligationis, cui se satisfacturos & pænam ita evitaturos sperant. Veruntamen non videtur ea mens esse Iustin. sed hic per pęnam intelligere illud quod proprie interesse dicitur, quod cum competenti moderamine à iudicibus vult adiudicari. Possit tamẽ tentari, si pæna contineat quantitatem nimiam, promissorem, licet summo iure teneatur, per exceptionem defendi posse: & sane *in d. l. un. vers. cum sciamus,* nõ videtur Iustin. per pœnam intelligere interesse, sed hinc concludere, esse debere terminum aliquẽ eius quod interest, quod etiam pænæ aliæ (quæ sc. affinitatem aliquam habent cum eo quod interest) habent certam quantitatem aut potius terminum, quod vel sunt à LL. (quæ non sunt ultra quadruplum) vel cum certo moderamine proferuntur, videlicet à contrahentibus: *de quo v. etiam inf. hac thesi lit. F.*

LIT. C.

Quod definio.] Definitio hæc, quod interesse sit lucrum cessans

&da-

& damnum emergens, non videtur convenire interesse in genere accepto: veluti interesse convẽto, sive hoc accipiatur pro eo quod deductum est in stipulationem pœnalem, sive quod ex alia obligatione debetur: quomodo in obligationem de iudicio sistendo dicitur venire id ꝙ interest, & tamen venire quanti ea res est: quin imo vix ei speciei, quam ex obligationibus faciendi persequimur competere ista definitio videtur: & ipsa significatio verbi, interesse, latior est, quam ut ad lucrum cessans vel damnum emergens possit restringi. Et ipse Tr. sibi convenire non videtur, dũ statim subiicit, illud interesse aliquando æstimari quanti res est: etenim quanti res ipsa est, non potest dici damnum emergens vel lucrum cessans ultra ipsam rem: nisi forte hoc intelligit Tr. quod damni istius vel lucri æstimatio aliquando accedat ad eam quantitatem, cuius est res ipsa: sed istud nec verbis Tr. convenit & abusive dicitur æstimari interesse, quanti res est. Cæterum quod ipsam rẽ attinet, recte docet *Forcat. dial.* 41. verbum *interesse* dupliciter usurpari in iure nostro: large, ut etiam comprehendat æstimationem ipsius rei: & stricte, ut tantum significet utilitatem illam, quæ est ultra rem, & ita ut proponitur à Tr. describi solet, quod sit damnum emergens vel lucrũ cessans: quam definitionem seu descriptionem potius defendit *Goedd. in l.* 81. *d. verb. sign.* adversus *Anton. Guibert. lib.* 1. *quæst.* 4. qui eam impugnat duplici ratione 1. quod non contineat causam, factum & culpam alterius. 2. quod constet verbis impropriis, cum interesse non sit damnum, sed utilitas quam alter persequitur. Sed facilis est responsio, & ad 1. quod non sit necesse, ut causa efficiens ingrediatur definitionem. Ad 2. quod non sint captanda verba, sed inspicienda mens & sententia: hoc enim intelligitur per damnum, quod mihi abest, & ob id restitui & sarciri æquum est: neque in definitionibus scrupulosi esse debemus, quamvis ut paulo ante dictum, ista non definitio, sed simplex quædam sit descriptio. Lucri autem etiam rationem habendam, ipse sancit Iustin. *in l. un.* ita ut secundum veteres leges se hoc statuere dicat: & lucrum sc. nõ quodvis sed iustum, per notata *Donelli cap.* 10. cuius absentia causatur ex facto alterius illicito, *Cynus in d. l. un. num.* 17. per *l. Proculus, d. damn. inf.*

Differt igitur interesse.] In specie videlicet sumptum, nam sub interesse in genere accepto æstimatio comprehenditur. Pœna lega-

Definitio; Interesse.

lis nihil huc pertinet, sed conventionalis, ut hactenus ostensum, non adeo inepte inter species eius q; interest refertur. Circa usuras ratio est, non tam quod certus earum modus sit definitus, nam & interesse, ex constitutione Iustin. in casibus certis definitum est, quam potius quod tantum ex certis causis debentur, & vel ex stipulatione, vel in bonæ fidei iudiciis ex mora: quo sane casu prope accedunt ad naturam eius quod interest, licet non propter lucrum petentium sed propter moram non solventium infligi dicantur.

Demum intelligo.] Definit damnum defectum eius quod haberi potuit. Atquin imo hæc magis est descriptio lucri cessantis: damnum autem est, quod ego propter culpā alterius amisi & præstiti, veluti si occidatur servus quem ego sub certa pæna promiseram, pæna quam præsto est damnum emergens, quam adeo L. Aquil. actione repeto *l. 22. in princ. ad L. Aquil.* quod etiam in furto iuris est *l. inficiando 67. §. 1. d. furt.* Illud obscurum videtur quod nullo loco notato pro dissentientibus adducit Bartol. & Alciat. quorum ille pecuniam numeratam, hic emptionem excipiat: sed explicandum hoc est ex *Bartol. in l. un. Cod. d. sent. qua pro eo quod interest numer.* 18. & ex *Alciat. in tract. de eo quod interest capitulo non, numer.* 18. & ante omnia hic notanda distinctio ab omnibus Dd. probata in interesse intrinsecum & extrinsecum: licet de explicatione huius distinctionis non omnino inter eos conveniat. Nam Vltramontani quidem, ut eos refert *Bartol. in dict. leg. unic. numer.* 13. omne illud vocarunt interesse intrinsecum, quod rem comitatur quocunque vadat, ubique eod. modo se habeat, quod & Cyn. probat *in leg. unic. numer.* 15. Bartol. autem intrinsecum tantum appellat æstimationem rei, & quod ex ipsa re immediate est, veluti fructus & partus: extrinsecum, reliquum omne, idque subdistinguit, quod aliud comitetur rem, ut ipse loquitur penes quemcunque vadat, aliud quod hoc modo rem non comitetur: illius, (quod apparet hic iuxta eius definitionē à Tr. solum pro interesse censeri,) rationem haberi: veluti, ut exemplis res illustretur, si servus sit heres institutus, ad quemcunq; deveniat, ius acquirendi hereditatem per eum simul transit, ideoq; occiso eiusmodi servo, & ita sublata spe acquirendi hæreditatem, huius quoq; æstimatio præstanda venit ex L. Aquil. *§. illud. 10. Inst. d. l. Aquil. l. 21. 22. & 23. D. eod.* ubi & alia huius interesse exempla proponuntur.

Huius

Huius autem interesse non haberi rationem, nisi casu singulari, quo debetur & petitur res, in quam affectio, & species prior interesse extrinseci cadere non potest: cuiusmodi Bart. statuit esse nummos per *l. 2. de eo quod certo loco*: idq; est quod Tr. ait dissentire Bart. & excipere pecuniam numeratam. Et nimirum excipere ab hac Tr. propositione, *interesse*, (iam enim diximus male id à Tr. restringi ad damnum) *intelligi hic defectum eius, quod certo haberi potuit, & haberi potuit ex eo solo, quod praestandum erat*: ita enim interesse istud, cuius in iudiciis ratio habenda sit, describit *Donell. cap.* 11. ubi hæc duo requirit, & hoc videlicet, ut sit eiusmodi utilitas, quæ rem circumsistat, ei cohæreat, & à re non divellatur, & quam utilitatem ob hanc unam causam amiserimus, quod re caremus, ex qua sola non aliunde utilitatem eam sperare potuimus. Et hinc idẽ Donell. duas species removeri hinc docet. 1. si quid ex re potuerit utilitatis haberi, verum non necessario, sed ita, ut etiam potueri non haberi. 2. si quid certo quidem haberi potuit, sed non ex re ea sola, verum æque ex alia. Exempla huiusmodi utilitatis proponuntur *in l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. ad L. Aquil. & in l. si sterilis 21. §. 3. d. act. empt.* Si quis damnum dederit retibus piscatorum, quę capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, respondetur *in d. l. 29.* æstimationem fieri retium, non pisciũ, quoniam incertum fuit an caperẽtur. Vino aut frumẽto venditis nec traditis, nõ fit æstimatio eius, quod forte emptor ex vino accepto negotiari & lucrum facere potuit, aut quod propter frumentum non traditum, servi aliquot eius fame perierint: quia ex vino & frumento aliunde accepto conservari familia potuisset. Verum hic non leviter obstat quod traditur *in l. 2. §. nunc de officio ult. de eo quod certo loco*: dicitur enim ibi, si non sit eo loco, in quem promissa est, soluta pecunia, etiã hoc æstimari, quod propterea creditoris distracta pignora, aut pæna commissa fuerit, imo amplius, quod & lucri ratio habeatur, si creditor merces comparare solitus fuerit: & in istis tamen militant eædem rationes, quibus *in dict. leg. 21. §. 3. d. action. empt.* interesse eiusmodi attendi negatur: & sunt sane illa de quibus *in dict. leg. 2.* eius generis, quæ non necessario culpam debitoris consecuta sunt, & quæ etiam ex alia pecunia creditor consequi potuisset. Et hæc ratio fuit, propter quam Bartol. excepit pecuniam numeratam, de qua agit ICtus *in dict. leg. 2.* quoniam in hanc alias non cadat affectio, & interesse

intrinſecum: id eſt, cum alias ex cauſa debitæ pecuniæ numeratæ nullum intereſſe peti poſſit, admiſſum fuiſſe, ut huius intereſſe ratio haberetur. Et igitur hanc regulam Bart. ſtatuit, quod huius intereſſe extrinſeci non habeatur ratio, extra caſum pecuniæ debitæ. Sed Alc. ex diametro contrarius ex *d.l.2.§.ult.* hanc regulam ſtatuit, quod etiam eius, quod extra rem noſtra intereſt, ratio habenda ſit, excepto contractu emptionis & venditionis. Sed hæc ſententia omnino falſa habenda eſt, cum vel maxime in hoc contractu bona fides abundare videatur: idque pluribus oſtendit *Donell. cap.* 11. ubi prolixe Alciat. opinionem confutat: & probabilior eſt Bart. opinio, quod præſertim pecunia vel maxime negotiationi ſoleat deſtinari: quamvis & hanc improbet Donell. cit. loc. quod licet pecuniæ numeratæ una ſemper ſit æſtimatio, non tamen ob id rationi conveniens aut æquum ſit ut ea utilitas æſtimetur, quæ re vera & neceſſario, amiſſa dici non poteſt, licet pecunia ſoluta nõ fuiſſet: aut ſi hoc in pecunia numerata æquum eſt, non minus æquum erit, ut in aliis quoque rebus huius intereſſe ratio habeatur. Donellus igitur in genere ſtatuit, eiuſmodi intereſſe extrinſecum nullo caſu eſſe præſtandum: niſi appareat in contrahendo huius utilitatis habitam rationem: & non tantum expreſſe ſed etiam tacite id actum poſſe videri: nimirum ubi ſolutio in certum locum collata fuit: eoque hic non omnem, ſed eam utilitatem attendi tradit Donell. quæ haberi potuit eo loco, in quo pecunia ex conventione debuit exſolvi. Etenim creditor in eum locum ideo intelligitur ſtipulatus pecuniam, ut ibi ex ea pignora ſua liberaret, & pænam promiſſam evitaret. Idque hinc confirmat Donell. quod non tantum ita iuris ſit ubi locus adiectus eſt, ſed etiam ubi perſona, ut in ſpecie *l. liber.* 118. *§. ult. d. V. O.* & tempus *l.* 4. *de eo quod certo loco* ubique videlicet ex vi quadam tacitæ conventionis. Et hinc quod *in d l.* 2. de lucro dicitur ita reſtringit Donell. ſi ad eam ſpem & negotiationem, loci mentionem & adiectionem creditor retuliſſet.

Lit. D.

Proponit in theſi, *intereſſe*, æſtimari modo maioris, modo minoris, & inde infert, venire etiam, ſi res creverit in bonitate intrinſeca. Hoc autem, ut etiam iam ante notatum, non convenit definitioni,

qua

qua interesse dicitur illud, quod est ultra rem: quoniam quod ad bonitatem intrinsecam pertinet, rei partem facit, neque ultra rem esse dici potest: & de huiusmodi etiam rei partem constituentibus, agitur in citatis à Tr. textibus §. *cum autem* 3. *vers. sed etsi post Inst. d. empt. l. infitiando* 67. §. 2. *d. furt.* quæ adeo si veniút appellatione interesse, destruetur Tr. definitio, & confirmabitur Dd. sententia, qui sub eo quod interest etiam æstimationem & pretium rei comprehendunt. Et tamen non existimo verum esse, quod ubi agitur ex empto re non tradita ad id quod interest, ipsa rei venditæ æstimatio sit præstanda, sed hoc solum, quanti mea interest hunc ipsum V. C. fundum venditum habere: quod ipsum æstimationem rei aliquando longe excedere potest *l.* 1. *in princ. d. act. empt.* Cæteri à Tr. citati textus *in l.* 23. *d. act. empt. & in l.* 52. §. *pen. d. furt.* nihil huc pertinent, nec illud probant, quod de valore proponitur, cuius tamen hic ead. quæ intrinsecæ bonitatis, ratio esse videtur. Apparet autem hinc, quod Treut. *interesse* modo specialiter cum Donell. Gædd. & aliis, modo generaliter cum Dd. confusim & ita usurpet, ut definitionem speciei, generi accommodare videatur.

Non illud quod extra rem consistit.] Præstatur, inquit Tr. quanti res crevit in bonitate intrinseca, non quod extra rem est. Quæ oppositio prorsus est inaccurata, quippe cum omittatur illa species, quæ maxime pertinet ad illustrandam definitionem, de qua paulo ante dictum ex *l.* 21. *cum seqq. ad L. Aquil.* §. *illud.* 10. *Inst. eod.* cuius omnino habetur ratio, neque tamen sub bonitatem intrinsecam referri potest. Patet autem ex ante dictis fallaciam esse homonymiæ in phrasi, *extra rem esse*, quoniam sub hoc *Bart. in l. un. C. d. sentent. quæ pro eo quod interest num.* 13. *& seqq.* etiam comprehendit illud interesse de quo in iam citatis textibus agitur: Cyn. autem cum Vltramontanis & aliis illud extra rem esse dixerunt, quod non comitetur rem quocunque vadat, cuius exempla *in l.* 21. §. 3. *d. act. empt.* Iuxta quam explicationé verum est, quod Tr. negat prestari quod extra rem est. Et secundum hanc diversitatem aut improbãda aut probanda est divisio in interesse extrinsecum & intrinsecum: quamvis utcunq; interesse extrinsecum appellemus illud quod rem non comitatur, nihilominus tamen distinctio ista recte admittitur, vel docédi causa, ut inde intelligamus quod nam sit illud interesse, cuius in iudicio ratio habetur: vel quia cũ hæc materia maxime arbi-

traria sit, aliquando ex causa huius quoque ratio haberi potest: vel denique & præcipue, quod ut ipse Donell. docet, utique ex pacto etiam tacito hoc interesse extrinsecum veniat in considerationem.

Porro de ista specie interesse extrinseci accipiendum est quod Tr. ait ex *Donell. cap. 11. sub fin.* licet eum non nominet, hoc ne quidem in mercatore locum habere: & est sane textus generalis, quod istud interesse non attendatur, *in dict. leg. 21. §. 3. d. action. empt.* Et tamen efficitur ex *dict. leg. 2. de eo quod certo loco*: maxime mercatori hoc interesse præstandum, quoniam ibi non tantum damni ratio habetur, sed etiam lucri, quod videlicet eo loci merces emere solebat creditor: & quod ad tacitam illam conventionem requirit Donell. ut creditor ad illum ipsum locum animum negotiandi direxerit, fere tantum in mercatore sibi vindicat locum: & ipse Donell. finge, inquit, negotiatorem esse, qui ibi merces comparare solebat: ut proinde hæc limitatio Tr. addenda videatur. Alteram autem limitationem, quam ipse Tr. adiicit, *nisi plurimum intersit*, non satis capio: quod si enim, ut Tr. existimat, nullum tale est extrinsecum interesse, nec parum nec multum interesse dici potest, quoad hunc effectum, ut creditori adiudicetur: neq; minus aliquando alterius, quam mercatoris interesse potest. Illud tamen fortassis admittendum fuerit, si eius generis, qualia recensentur *in l. 21. §. 3. d. act. empt.* plura concurrant, & grave damnum inde sensisse se, neque aliunde pecuniam aut frumentum parare potuisse actor ostendat, ex æquitate & officio iudicis aliquid adiudicari posse.

Quid iur. Sax. obliicat. *Iure Saxon.*] Non recte ait, Saxon. iure, quod longe latius patet, decisum esse, quod Novella Electoris Augusti definitum est. Ait autem Tr. decisum esse *quomodo interesse post moram &c.* Atquin omne quidem interesse ex culpa venit, sed non omne ex mora. Ait, ut interesse per cōiecturas summariè probetur. Atquin disputatio de probando quod interest, hinc est aliena. Ait decisum, ut iudex sententiam moderatoriā ferat. Atquin idem prorsus iure civili obtinet, & est generale & indefinitum: per quod controversiæ, de quibus hactenus actum est, non deciduntur. Ait porro, *interesse vero pretij rerum emptarum.* Atquin hic tantum est contractus singularis, disputatio autē de eo quod interest generalissima est. Ait amplius, solvi eius loco usuras quincunces. Atquin ipse Tr. lit. C. interesse

esse abusuris distinxit, sunt autem hæ re vera usuræ, quæ non ex mora demum, sed ex re ipsa, & solo tempore tardæ solutionis debentur, in compensationem fructuum: loquitur enim Tr. expresse de eo casu, quo res tradita est, quo idem prorsus iure civili obtinet *l.2.C.d.usur.l.5.C.d.act.empt.* ut ita nihil novi aut singularis, imo nihil prorsus quod ad decisionem controversiarum in hac materia faciat, statuerit Augustus. Plane ut refert *Denaisius in iure Camerali sub lit. C. rubric. contractus usurarij*, posteriori constitutione Imperij permissum est, ut ex mora in mutuo interesse præstetur, & vel loco eius quinque annua in singula centum, vel amplius etiam, si plus liquidatum fuerit à creditore: ita ut satis appareat, citra aliam liquidationem, quinque annua recte adiudicari, & ita effectu contra rationem iuris civilis ex mora in mutuo deberi usuras, & ideo pro interesse istud habitum fuisse, quod quivis paterfamilias non otiosam pecuniam habiturus, sed eam recepto more quinque annuis in singula centena elocaturus præsumitur.

Lit. E.

Vt casibus certis.] Plurima de casibus certis & incertis disputant Dd. *in leg. unic. Cod. d. sentent. pro eo quod int.* & verior videtur eorum sententia quos sequitur *Donell. capitulo quinto.* qui per casus certos eos intelligunt, in quibus est certa quantitas, aut eiusmodi res quæ recipit æstimationem certam, veluti corpus & species, quæ per certam naturam à Iustin. designata creditur. Vnde apparet, quod Donell. quem pro se adducit Tr. à quantitate non excludat res alias fungibiles, quæ etiam in iure nostro species vocari non solent: & licet pecunia numerata maxime & præcipue quantitas dicatur, tamen huius appellatione cæteras quoque res fungibiles venire communius receptum est, quod & ipse Tr. contra quosdam defendit supra *part.1.disp.20.th.1.lit.* F. quamvis eod. res redeat, sive cæteras res fungibiles sub quantitatem referas, sive sub certam naturam. Cæterum Forcat.dial.42. hanc explicationem quantitatis & naturæ non tantum improbat, sed fere etiam irridet, & ita Iustin. explicandum existimat, quod casus certi sint, qui certã & facilem habent æstimationem, & in quib. tempore petitionis res

certa

certa eſt:incerti autem, in quibus iudex rimatur quanti res eſt. Et iſta tamen explicatio parum mihi ab illa priori diverſa eſſe videtur: iſtud autem lubens Fo. catulo conceſſerim, non eſſe quærendam magnam accurationem in conſtitutione illa Iuſtin. ſed verba, *quantitatem & naturam* pro iiſdem à Iuſtiniano uſurpata videri poſſe.

LIT. F.

Duplum.] In certis caſibus vetat Iuſtin. excedi duplum, in quo Tr. ait etiam ſimplum contineri, id eſt ut intereſſe non niſi altero tanto ſimplum excedere poſſit, veluti ſi res valeat centum, nō poterit *intereſſe* excedere ducenta. Exceptionem addit Tr. niſi ſeparatim & in ſimplum & in duplum actiones ſint conſtitutæ. Quæ limitatio admitti poteſt, ſi ſimpliciter & non determinate ad certam aliquam materiam regula hæc, quod in duplo inſit ſimplum, proponatur. Sed ad hanc noſtram materiam & tractationem, de eo quod intereſt, quod Iuſtin. non vult in caſibus certis excedere duplum, inepta exceptio eſt: quin duplum illud, quod pro furto non manifeſto præſtatur, quod exempli loco adducit Tr. pura & puta pæna eſt, quæ propter delictum irrogatur, & cum eo quod intereſt, nihil commune aut ſimile habet.

Refertur hoc duplum ad omne intereſſe.] Dubia & fortaſſis falſa hæc propoſitio eſt: etenim 1. non videtur referri poſſe ad intereſſe commune, quod ſecundum Dd. eſt, ipſa rei æſtimatio & quanti res eſt. Intereſſe conventum aut intelligitur cum quibuſdam Dd. illud ipſum quod in obligationem deductum eſt eiuſve æſtimationem, & ead. huius ratio eſt quæ intereſſe cōmunis, aut illud quod deductum eſt in ſtipulationem pænalem, V. C. ſubiectam obligationem de faciendo: & contradicit ſibi Tr. hic, ubi negat quod intereſſe hoc poſſit excedere duplum: & ſupra hac ipſa theſi *lit. B. in f.* ubi affirmat, quod pænæ conventionales poſſint excedere duplū, cum Fachin. qui in terminis tractat de hoc genere ſtipulationis pænalis: de quo etiam hic tractari argumento eſt, tum quod Tr. d. lit. B. ſpeciebus intereſſe ſequitur Donell. qui ita explicat intereſſe conventum: tum quod improbat hic Caballinum diſtinguentem, an de certa pæna conventum ſit nec ne. Eſt autem ea ſententia quam cum Fachin. d. lit. B probat Tr. verior per ibid. notata, quam

etiam

etiam probat *Donell. de eo quod interest cap. ult.* ubi ait nullis legibus certum pœnæ modum constitutum esse, quem non liceat conventione excedere, & addit has rationes. 1. quod à Iustin. *in l. un.* pœnæ conventionales & legales ita inter se opponantur, quod harum sit certus terminus & modus. 2. quod conventio eiusmodi nec sit contra leges, nec contra bonos mores. 3. quod cum creditor stipulando sibi caverit super eo quod sua interesse potest, hoc autem non raro excedat duplum, ius quæsitum ipsi non debeat auferri. Et hoc tamen idem Donell. ad eum casum restringit, quo in genere cuiusvis, licet non stipulantis, tanti interesse possit: quod si autem per se nihil intersit, non putat pœnam adiudicandam esse. Quo tamen admisso, efficitur, quod cõstitutio Iustin. regulariter ad pœnas conventionales non pertineat: quoniam regulariter iis casibus, quibus interesse alterius potest & solet, pœnam stipulari quis intelligitur. Neq; facile extrahenda est sanctio Iust. quam non omnino absque causa improbat *Forcat. dial.* 44. cum rationi magis conveniat, ex bono & æquo arbitrio iudicis interesse æstimari, potius, quam ad certam quantitatem determinari. Sed & insuper nõ videtur recte ad casum primum referri hæc quæstio de pœnis cõventionalibus, quippe quæ ut plurimum casib. incertis, V. C. obligationibus faciendi subiici solent. Et sicut igitur tractatio de casibus incertis citra pœnam conventionalem non pertinet ad primam partem constitutionis, sed adiudicatur, quantum interesse sua probaverit actor: ita nec casus incerti quibus subiecta est pœnalis stipulatio, ad eam partem pertinebunt, & tota pœna adiudicabitur, quoniam ex ratione iuris, quod permisit ita stipulari pœnam, tanti interesse, & id probatũ esse creditur: qua præcipue ratione confirmatur sententia ea, quod interesse conventum ad rationem dupli non constituatur. Superest igitur, ut quod Iustin. constituit, ne interesse excedat duplum, tãtum pertinere videatur, ad interesse singulare, non affectionis simplicis, sed utilitatis, quam propter fidem non servatam amisit actor, aut si quid damni passus est, ne scilicet istud duplum rei debitæ excedat: & cum supra dixerimus speciẽ esse huius interesse, quæ dicitur utilitatis præsumptæ, ubi scilicet in litem iuratur, defendi hinc potest, quod iuramento in litem post istam Iustin. constitutionem res petita ultra duplum æstimari non possit.

LIT. G.

Veri pretij.] Id est, ut non excedatur duplum eius, quanti revera res est. Et tamen hic cautione opus est: quia cũ, V. C. in emptione verum rei pretium, & quanti revera res est possit diversum esse à pretio, quod partes definierunt, verius est, duplum æstimari ex pretio convento, quod recte docet Donell. cap. 8. & ipsa ratio suadet: cum quo non videtur convenire opinio Treut. qui ait pretium verum intelligi, quod fuit tempore contractus: etenim ubi pretium rite à partibus definitum est, non disputatur, quanti res vel ante vel post contractum fuerit. Subdit Tr. *Itaq; simplum illud, est casus ille certus, sive res principaliter debita.* Parum subtiliter: neque enim aut simplum illud aut res certa, potest dici casus, sed casus sunt, qui agitantur & tractantur in iudicio super re certa.

LIT. H.

Cas9 incert.

In casibus incertis.] Qui sint casus incerti, tractant *Dd. in sæpe d. l. un.* & explicat *Donell. cap. 6.* ex quo apparet, non esse hoc restringendum ad obligationes faciẽdi, sed pertinere ad omnes casus quibus incerta quantitas, & omnino id quod interest petitur: hoc autem contingit etiam in illis ipsis contractibus, (in quos regulariter alias res certa deduci solet) ut aliquando incertum petatur, veluti in casu emptionis contractæ super alea & in specie *l. si iactum 12. d. action. empt.* si piscator rete iactare noluerit: quod plurib. confirmat *Forcatul. dial.* 43. quibus & similibus casibus cum interesse tantum debeatur & petatur, nullum est simplum, cuius respectu duplum dici possit. Neque quod Iustin. venditionis, locationis, in prima parte fecit mentionem, ideo existimasse credendus est, quod semper & perpetuo omnes casus contingentes, sint certi. Et apparet hinc male quodammodo à Tr. restringi rem istam ad contractus mandati, tutelæ & negotiorum gestorum, cum præsertim obligatio faciẽdi, cuius præcedenti linea Tr. fecit mentionem, ex variis contractibus nominatis & innominatis, & maxime ex stipulatu descendat. Illud autem inaccuratum est quod ait: *pertinent huc contractus, ut mandati tutelæ actio:* quoniam aliud est contractus, aliud ex eo nata actio. In quo autem dissentiant *Bartol. Alciat. & alij in leg. 6. si certum*

certum pet. non animadverto, siquidem nihil aliud *in dict. l. 6.* tradunt & agunt, nisi ut definiant, quid certum dicatur: & quod tradit Tr. factorum obligationem respicere rem futuram, apud omnes est indubitatum.

Interdicta omnia.] Ita quidem etiam *Donell. cap. 6.* sed videtur paulo pinguius dictum, & perinde accipiendum, atque si dixisset, *pleraq;* vel subintelligenda particula, *fere*: etenim in magna interdictorum varietate tale quid affirmare periculosum est, & utiq; interdictum de precario à propositione illa generali fuerit excipiendum.

Item maleficia. Refert huc etiam maleficia, quibus certa pœna à legibus præscripta non est: & hoc quoque ex *Donell. cap. 6.* sicut præmissa omnia sub hac lit. Sed 1. videtur sibi contradicere supra *hac th. lit. B.* ubi ait quod etiam in delictis interesse sit restringendum ad condemnationem dupli, adeoq; necessario delicta refert sub primam partem constitutionis, quæ tractat de casibus certis: hic autē refert delicta sub casus incertos, & ita ad partē secundam: idq; inde firmatur, quod hic sequitur *Donell.* qui *d. cap. 6. in fin.* eorum opinionem improbat, qui condemnationem ex causa delicti ratione eius quod interest, nolunt excedere duplum. Deinde videri possit non recte disputari de æstimatione eius quod interest in delictis, ubi actio ipsa lege ad interesse formata est, veluti ex lege Aquil. tum ex verbis tum ex mente legis *l. 21. ad L. Aquil. §. illud 10. Inst. eod.* Vbi tamen facile respondetur: hoc ipsum quod cuiusq; interesse dicitur, incertum esse, ideoq; à iudice æstimari, & propterea ad secundam partem constitutionis pertinere. Sed 3. in eo offendit Tr. quod ea tantum maleficia huc refert, quibus certa pœna à lege præscripta non est: ita enim hinc excludendum esset furtum, contra expressum textum in ea quam ipse Tr. citat *l. inficiando 67. §. 1. d. furt.* ubi servo subrepto, qui sub pœna promissus erat, etiam pœnæ rationem habendam respondetur: quod idem de damno dato, cui certa pœna præfinita non est, traditur *in l. 22 ad L. Aquil.*

Item æstimatio doli in venditione.] Debebat potius dicere, obligationem ex clausula doli, quæ inest venditioni *leg. 68. d. contr. empt.* propter quam sup. diximus, teneri venditorem, ut resarciat omne damnū emptori, quod ex re empta sensit, ex *l. Iul. 13. in pr. d. act. empt.* Infert inde Tr. quod venditor rem alteri venditam scienter mihi tradens,

in omne detrimentum etiam ultra duplum mihi teneatur. Vbi vox, *scienter*, superflua esse videtur, siquidem non potest quis ignorare, rem à se venditam esse. Deinde potius dicere debebat, quod teneatur priori emptori, cui rem vendidit & non tradidit: quoniam prior emptor contra posteriorem, cui res tradita, & in eum dominium translatum fuit, nullam habet actionem, sed tantum contra venditorem, quanti ipsius interest, rem traditam non esse: quo casu falsum est, quod interesse excedat duplum. Et videri possit adeo Treut. lapsus esse in proponendo casu: nam & non apparet quale detrimentum prætendere possit, cui res tradita posterius est: & textus citati de hoc casu non tractant: sicut nec minus Tr. confusim proponit de ignorante venditore, quod teneatur, quanti minoris alius fuisset empturus, vel quanti revera interest: etenim illud quanti minoris non potest habere locum in casu *l. 44. & 45. §. 1. d. action. empt.* ubi in rem emptam, quæ postea evicta fuit, impensæ & sumptus facti proponuntur: & quia emptoris conditio potior est, quam venditoris licet ignorantis, hic ad interesse sed non ultra duplum tenetur: sed qui sciens alienam vendidit omnimodo, id est etiam ultra duplum, cuiuscunque quantitatis damnum præstare obligatus est. In casu autem *l. 13. d. action. empt.* nō de re evicta sed vitiosa agitur: ubi vera est distinctio, quod sciens ad omne interesse, sed ignorans quanti minoris teneatur iuxta *d. l.* 13. ut tamen & hic excipiatur casus quem supra notavimus vasis venditi, quo etiam ignorans vitium ad interesse tenetur *l. tenetur. 6. § si vas 4. d. act. empt.* Est etiam vel homonymia vel vitiosa oppositio in verbis, *quanti re vera interest*: nam quicquid tandem damni sensit emptor, id re vera eius interest, & tamen non nisi in casu scientis venditoris præstatur.

Tandem notandum.] Ait notandum esse, quod interesse veniat non iure actionis, sed officio iudicis, videlicet mercenario, quod subservit actioni. Sed contrarium quod interesse veniat iure actionis, in terminis ibi propositis, expresse docet perperam allegatus *Zas. in l. si quis 13. §. 1. h. t.* Sed mihi nec Zasij quidem opinio omnino placet, qui in eo videtur existimare, versari huius quæstionis cardinem, an quid initio expresse & precise sit in obligatione: quod demũ & solũ iure actionis, cætera omnia officio iudicis venire putat. Etenim ponamus secundum quorundam opinionem, ex obligatio-

gationibus faciendi, ad ipsum factum agi, minime dixerim, intereſſe in quod iudex condemnat *d.l.13.§.1.* venire officio iudicis. Eod. modo ſi homo debitus aut ſubreptus, perierit, ipſe homo mortuus in petitionem venit *l. ſi ſervum 91. §. pen. & ult. d. V. O. l. ſi quis 52. §. ſi ſervus 28. d. furt.* neque tamen æſtimatio, in quam neceſſario condemnandus eſt reus, dicetur officio iudicis venire: quinimo quicquid in locum eius, quod petitur, principaliter ſubrogatur, illud iure actionis venire rectius affirmatur: officio autem iudicis, quæ acceſſoria ſunt, veluti fructus, uſuræ ex mora, impenſæ &c. Quibus conſequens eſt contra Tr. intereſſe non officio iudicis, ſed potius iure actionis venire. Nam 1. ut mox dicemus, verius eſt, ex cauſa obligationum faciendi ad ipſum intereſſe agi. 2. & in genere omnibus caſibus quib. intereſſe petitur, venit illud iure actionis, veluti in interdictis, & iis utique delictis, quib. certa legibus pœna propoſita non eſt: idque ex illis ipſis quæ hac lit. paulo ante tradidit Tr. neceſſario efficitur. 3. idem accidit etiam ex cauſa illorum contractuum in quos certi caſus deducuntur: veluti ſi re non tradita vel præſtita ex conducto vel empto ad intereſſe agatur, iuxta *l. 1. in prin. iuncta l. 11. §. 9. d. act. empt.* ubi dicitur re non tradita agi ad id quod intereſt. 4. idem eſt in iis caſibus, quibus agitur ex clauſula doli, quæ obligationi ineſt, iuxta *l. 13. in princ. d. action. empt.* ut non poſſit non eſſe falſum, quod Tr. regulariter intereſſe venire ait officio iudicis. Nec quicquam hic obſtat, quod iudex iuxta Iuſtin. conſtitutionem taxare debet & moderari id quod intereſt: etenim hæc longe diverſa ſunt eius quod intereſt æſtimatio, quæ fit officio iudicis, & ipſum intereſſe, quod venit iure actionis. Et oportet hic quoque Tr. ſibi contradicere, nam cum omnia quæ de incertis caſibus hac lit. proponit, deſcripſerit ex *Donell. in tract. de eo quod intereſt, cap. 6.* hic tamen iſtis caſibus intereſſe recte exiſtimat venire in petitionem. Et recte igitur ſentiunt, qui à Tr. diſſentiunt, veluti Dd. vulgo à ſe diſſentire ait Tr. ubi non intelligo, quomodo ad propoſitam quæſtionem, *an intereſſe veniat officio iudicis nec ne*, pertinere poſſit diſtinctio inter obligationes dandi & faciendi, aut inter contractus innominatos & nominatos, cum omnibus his caſibus ſit actio ordinaria, neq; differentia hæc obligationum aut contractuum, ſed ipſius rei qualitas & conditio quę adiudicanda eſt, iſtum effectum operetur: ut fortaſſis Tr. per incuriam, diverſam quæſtionem immiſcue-

rit, de condictione certi aut incerti, ad quam etiam pertinet controversia sequens, de qua iam dicemus.

Subiicit autem Tr. *peti tamen interesse actione ex stipulatu, si stipulatio intervenerit*. Quæ verba si accipiantur declarative faciunt contradictionem: quoniam quod petitur actione incerti, utique petitur iure actionis. Sed etsi pro exceptione accipiantur, hoc peccant, quod non hoc tantum casu, sed multis aliis interesse venit iure actionis. Quin & obscuritate laborant ista verba, *peti actione incerti, si stipulatio intervenerit*: quoniam stipulatio non facit actionem incerti, sed rei in stipulationem deductæ qualitas. Sed hoc videtur Tr. dicere voluisse per textus citatos *in lege tertia. C. d. inutil. stipul. l. 68. d. V. O. l. ult. d. prætor. stipul.* ubi quod interest venit in stipulationem, agendum esse condictione incerti, veluti ubi factum est in obligatione: nam & hic ad interesse agi posse, tanquam ex tacito quodam pacto notat *Zas. in leg. 13. §. 1. in fin. h. t.* quoniam ad factum nemo precise urgeri potest, adeoq; interpretatione iuris interesse quoq; promissum intelligitur, ut tradit *Alciat. in leg. condictio. 9. in princip. d. rebus credit. numero 10. per legem primam in princ. d. action. empti l. stipulatus es. d. fideiussor.* & ita omnes tenere testatur *Ias. ad d. princ. leg. 9. d. rebus cred. colum. 6. versicul. istam Glossam.* Quinimo rectius sentiunt, qui non ad factum, quod tantum in præstatione sit, sed omnino ad interesse agendum putant: quod ita explicandum est, quod sicut per stipulationem pænalem subiectam principalis obligatio quodammodo novatur *l. 44. in fin. d. obligat. & act.* ita in obligationibus faciendi, post moram inducatur potestate iuris tacita quædam obligatio ad interesse, cuius præstandi necessitatem evitat reus, si ante litem contestatam promissioni suæ satisfaciat. Igitur ut ad Tr. revertamur ubicunque interesse promissum est, vel expresse vel tacite, petitur illud condictione incerti, per textus paulo ante citatos, iuncta *l. liber. 118. §. ult. d. V. O. l. ult. si quis in ius vocatus &c.* facit *pr. Inst. d. V. O. l. ubi 75. & passim tot. tit. d. V. O.* quod videlicet ab obiecto pendeat, an condictioni certi an incerti locus sit, vix autem dubitari potest quin interesse sit aliquid incertum, siquidem iudex illud æstimare debet *l. un. C. d. sentent. pro eo quod interest.* & quatenus cuiusque intersit, in facto consistit *l. quatenus 24. d. reg. iur.* adeoque probatione eget: quomodo & ratione incertitudinis facti esse dici-

tur,

tur, quando mora sit commissa *l.32. in pr. d. usur.* Hæc cum procul dubio certissima & verissima sint, non immerito miretur quis iudicium Dd. disputantium, an condictio certi detur ex obligationibus faciendi ad interesse: & magis miretur hoc à pleiisque affirmatum fuisse: ita enim expresse statuit *Accurs. in l. conditio 9. in pr. d. reb. cred.* ad verba, *certum petitur*, & post eum *ibid. Bart. n.30.* & communiter hanc opinionem teneri testis est *Ias. ibid. col. pen.* Et maxime miretur quis, non erubuisse *Accurs. ad l. ult. si quis in ius vocatus non ierit*, ubi dicitur, incerti agendum esse in id quod interest, ita respondere, & hoc à Bar. probari, quasi ICtus dixisset, certi condictione agendum esse ad interesse quod est incertum: quæ quidẽ & manifesta, & violenta perversio textus est, & simul implicat quandam contradictionem, quod condictio certi detur ad incertum. Etenim ineptum & hoc est, quod respondet Bart. ut condictio certi locũ habere possit, sufficere quod per rerum naturam quid certũ sit, & à iudice determinari possit, licet nec in obligatione nec in libello certum quid expressum fuerit, ad quod confirmandum adducit *leg. ubi 75. §. qui vero 6. d. V.O.* ubi dicitur certum esse, si quis promittat quod Titius debet. Enimvero si istud sufficeret, ad condictionem certi, inutilis esset fere incerti condictio, quoniam etiam ubi incertum petitum est, certam sententiam iudex ferre debet *§. curare 32. Inst. d. act.* & nihil non per rerum naturam hoc modo certum dici posset. Et est latissima inter casum *d. l. 75. §. 6. d. V. O.* illud quod interest, differẽtia. 1. quia apparet ex *d. §. 6.* dubitatũ fuisse an istud pro certo an incerto haberi deberet. 2. quia ita pro certo habetur, si etiam Titius ipse certum debeat, adeoq; per relationem. 3. necessum procul dubio erit, ut postea stipulator in libello certum illud exprimat. 4. interesse æstimatur & variatur ex diversis plane circumstãtiis, & arbitrarium est dependens ab æstimatione iudicis, cuiusmodi quæ sunt, falso per rerum naturam certa esse dicuntur: cum præsertim hic nulla plane sit aut fingi possit relatio, per quam interesse aut petitio eius certa fiat. Nihil etiã pro Gl. aut Bar. facit, quod condictio certi dicitur dari ex incerto contractu: etenim aliud est condictionem certi dari ad incertum, quod falsum est, & dari ex incerto contractu, quod verum est: quo pertinet controversia, quis & unde contractus dicatur incertus, de quo actũ supra *part. 1. disp. 20. th. 10. lit. B.* Nihil etiam facit quod *in d. l. 9. in princ. d. reb. cred.* etiam ex L.

Aquil.

Aquil. dicitur dari cõdictio certi, cum tamen actio L. Aquil. dicatur dari in id quod interest: etenim hoc quidem regulare, non tamen perpetuum est, & potest etiam in actione leg. Aquil. actor in libello certam æstimationem V. C. servi occisi petere. Et hæc sententia quod ad interesse detur condictio incerti, probatur diserte à Ias. & Alciat. quibus adeo perperam allegatis Tr. iniuriam fecit: etenim Alciat. *in princ. d. l. 9. num.* 21. sententiam Azonis, Bartol. & aliorum, qui interesse citra ullam æstimationem condictione certi peti posse existimant, ratione & lege defici ait. Ias. autem *in d. princ. colum. pen.* opinio, inquit, hæc, quod interesse petatur condictione incerti, semper mihi placuit & placebit: ubi etiam alios in hanc sententiam adducit textus ex *l. domus cum l. seq. D. d. legat.* 1. *l. si stipulatus in princ. d. usur. l. fin. si quis cautionibus l. 3. § incertum d. prætor. stipul.* & ex iis simul infert, sicut est certi condictio generalis, ita & esse incerti condictionem generalem. Ex quo alia enascitur quæstio, an illa condictio incerti quæ datur ad interesse sit generalis an specialis: ad quam quæstionem pertinent quæ tractata sunt *supra part. 1. disp.* 20. *th. 10. lit. A.* an condictio certi ex mutuo sit generalis an specialis: & quæ tractabuntur infra hac *part. 2. disp. 27. th. 8. lit. B.* Sed ut dubitatio fortassis sit, ubi de actione ex stipulatu quæritur, ita ubi ex aliis causis ad interesse agitur, generalem condictionem esse minus dubitari potest: sed istam quæstionem ad loca propria remittimus.

THESIS V.

LIT. A.

Debet sentia esse iuri consentanea.

Proponit initio, quod sententia debeat esse iuri consentanea: quod rectius sub *th. 3.* relatum fuisset: cæterum propositio ista non una & simplici homonymia laborare videtur: quoniam pluribus modis aliquid esse vel non esse dicitur iuri consentaneum: cum & ius multis modis dicatur, & plurimum intersit, an quæras de officio iudicis, cuius est semper dicere sententiam iuri consentaneam, an de viribus sententiæ, quæ licet iuri non consentanea, tamen sæpe valida est. Et hoc initio præmittendum, sententiam dici dupliciter iniustam. 1. quando ipso iure nulla est. 2. quando iniqua est, ita ut iure valeat, & transeat in rem iudicatam, nisi appellatio fuerit

inter-

interposita, quo priori casu opus non est *l. 2. Cod. quando provocare non est necesse.* Deinde propositio hæc statuenda est, quod sententia lata contra leges & constitutiones sit ipso iure nulla *dict. l. 2. & l. si expreßim 19. d appellat.* Sed declaratur ista propositio, ut procedat. 1. si iudex scivit se contra leges & constitutiones pronuntiare *leg. cum prolatis 32. h. t.* ubi dicitur sententiam valere, si prolatis constitutionibus contra eas pronuntiavit iudex, quod putabat eas ad casum controversum non pertinere, quod recte ibid. post Dd. ita accipit *Zas. num. 3, in fin. & numer. 4.* si iudex iustam & probabilem ita existimandi habuerit causam, ne alias fraus legi fiat. 2. declaratur procedere, si sit contra ius expressum & certum: secus si contra ius dubium, sive per se sive propter disputationes ICtorum, ut notat *Zas. in dict. leg. 32. numer. 4.* Principaliter & 3. declaratur, si iudex, ut loquuntur Dd. pronuntiaverit contra ius constitutionis, secus si contra ius partis velut rectius alij, & cum iis *Zas. in l. præses 27. h. t. n.* 2. sententia est nulla si iudex pronuntiaverit contra ius in thesi, secus si contra ius in hypothesi. Dicitur autem in thesi pronuntiare contra ius seu contra ius constitutionis, quādo generaliter de iure aliquid pronuntiat: in hypothesi, quando pronuntiat ius accommodando rebus & personis, de quibus in iudicio agitur. Exemplū est *in l. 2. C. quando provocare non est necesse:* si iudex controversia super testamento mota, an persona ius testandi habuerit, pronuntiaverit, pupillum ius testandi habere, ideoq; heredem scriptum esse potiorem, sententia est ipso iure nulla: sed si dixerit, Titium de quo quæritur, testandi ius habuisse, licet hic forte re vera pupillus sit, sententia valet: veluti casum format *Zas. in d. l. præses h. t.* ubi ait, hunc esse velatum errorem iuris, qui non faciat sententiam nullam, quo pertinet, quod ex Dd. refert & probat *Ias. in l. condictio 9. in princ. d. reb. cred. colum. 6. in fin.* quod ad hoc ut sententia ipso iure nulla sit, quia lata sit contra ius, requiratur adeo expressus error, ut oculo corporeo possit inspici, secus autem si ex sententia tacite resultaret conclusio, quæ esset contra ius. Et tamen *in d. l. 2.* proponitur iudex pronuntiasse super ætate, quod videlicet Titius esset pubes, ut revera nec velatus error iuris esse videatur. Exemplum aliud est *in l. 1. §. 2. quæ sententiæ sine appellat.* si iudex pronuntiaverit ætatem iustā aut sufficientem liberorum numerum non proficere ad excusationem, sententia est ipso iure nulla: valet autē si in persona huius vel

illius iniustam esse excusandi causam pronuntiaverit. Tertium exemplum est: si iudex pronuntiaverit, usuras usurarum deberi, sententia est nulla: valet autem si in eam quantitatẽ, quam conficiunt usurę usurarum, reum condemnaverit, de quo casu loquitur *d.l. praeses 27.h.t.* ubi verba *in princ. in usuras usurarum condemnavit*, ut recte ibid. notant Dd. non sint iudicis pronuntiantis, sed ICti casum referentis & proponentis in hanc sententiam, quoniam in effectu expressa certa quantitate in usuras usurarum iudex condemnaverat.

Debet esse justa.

Et quia iusta.] Ita colligit Tr. quia iusta debet esse sententia, ideo iudex per gratiam vel per sordes sententiam ferens nihil agit: & consequenter sententia erit ipso iure nulla. Verum ista ratio non recte concludere videtur: quod si ita simpliciter inferre liceret, omnis sententia quæ quacunque ratione ius etiam partis offendit, ipso iure nulla futura esset, contra ea quæ iam dicta sunt: ex quibus probatur non quamvis iniustitiam sufficere, ut sententia ipso iure sit nulla. Et in specie sententia lata per sordes aut gratiã, nõ tã nulla quã iniqua videri possit, ex hoc ipso, q Tr. ab eiusmodi iudice æstimationẽ litis parti læsæ præstandam esse tradit: etenim litem suã iudex facere dicitur, qui ex iudice fit reus, & in rei V. C. per sordes absoluti vicẽ quasi substitutus, æstimationẽ litis solvere tenetur: cũ alias si sententia nulla esset, integra foret actio contra reũ absolutũ: & ita *in l. filius f.15.§.1.d.iud.* qui dolo iudicavit litẽ suam facere dicitur: facit q & ille litem suam facere dicitur, qui per imperitiã male iudicavit *in pr. Inst. d. obl. quasi ex delict. l. ult. d. extraord. cog.* cuiusmodi sententiã constat non esse ipso iure nullam. Accedit q traditur *in l. servo 65.§. cum prætor. 2. ad Treb.* valere decretum prætoris, quo ambitiose iussit restitui hereditatẽ, & additur ratio, propter rerum iudicatarũ autoritatem. Verũ pro Tr. & quod sententia per sortes lata sit ipso iure nulla, affertur text. *in l. venales. 7. C. quando provocar. non est necesse*, ubi dicitur, sententias à corruptis iudicibus latas, citra auxilium provocationis esse infirmas: cui consequenter non videtur rationis esse, ut lis in iudicẽ transferatur, cum nemo bis idem cõsequi debeat, ut ratiocinatur *Gl. in l. fi. d. extraord. cog.* Responderi potest, non quod Bart. *in d. l. fi. quæst. 9. n.* 20. quod iudex faciat litẽ suã quoad expensas litis & alia damna: etenim repugnat vera sententia & explicatio phrasis illius, *litem facere suam*, quæ inepte ad accessoria litis restringitur: sed potius præter actionem quæ superest contra

tra partem, hanc instar pœnalis in iudicem constitutam esse actionem: quæ sententia est *Ang. in d. pr. Inst. d. obl. quasi ex del. Salic. in d. l. venales. C. quand. provoc. non est necesse.* Nisi forte quis existimet, ab Imperatoribus hoc de novo adiectū ut sententia esset nulla: vel hoc argumento quod *in d. l. 15. §. 1. d. iudic.* idem statuitur de sentētia lata per sordes & per gratiam, & hanc tamen ipso iure valere probatur ex *dict. leg. 65. §. cum prætor. ad Trebell.* quamvis dici possit, coniunctionem aut comparationem *d. l. 15. §. 1.* accipiendam esse secundū quid. neq; ibi sicut nec *in l. 2. C. d. pæn. iud.* principaliter, an sententia nulla sit necne, disputari, sed potius comparari hos casus, quod utroque iudex infamiæ notatur, & æstimationē litis pręstat, non autem ut utroque casu pariter sit nulla, cum præsertim *in l. venales* 7. tantum fiat mentio iudicis pecunia corrupti: & in hanc sententiam *Accurs. in dict. l. 2.* duplicem illum casum pretii & gratiæ distinguit, quod illo casu nulla sit sententia, hoc autem valeat sed rescindatur. Possit etiam dici interesse, an iudici pretium, ob hoc ipsum ut sententiam falsam ferret, an simpliciter honorarium datum sit: itemque circa gratiam, an pars hoc ipsum, ut sententia pro se ferretur, precib. impetraverit, an vero iudex motu proprio amicitia & favore ductus pro ea pronuntiaverit. Illud autem hic notandum, diversimode utrumq; dici litem facere suam, eum qui iudicavit dolo *l. 15. §. 1. d. iudiciis, iuncta l. 2. C. d. pæn. iud.* & qui per imperitiam *in princ. Instit. d. obligat. quasi ex delict. l. ult. d. var. cognit.* illum videlicet proprie, ut in solidum in locum partis læsæ substituatur: hunc aliquantum improprie, ut pro parte, & tanti condemnetur, quanti iudex arbitratus fuerit dd. textibus. An autem quod iudici datum est, ut hoc vel illo modo iudicaret condici possit, tractatur supra *part. 1. disput. 22. th. 3. lit. F.*

Lit. B.

Finis sententiæ recte statuitur à Tr. ut controversiæ sopiantur, qui finis ut obtineatur, constitutum est, ut sententia pro veritate habeatur, id est non audiatur qui extra remedia ad impugnandas sententias iure prodita, porro disputare velit, etiamsi male iudicatum esse ostēdere possit: quoniā non amplius hic quęritur, an bene an male sed hoc solum an iudicatum sit, nō secus ac ubi iuratum est *§. item si quis Inst. d. act.* De remediis autem, quibus sententia impugnetur, non est hic agendi locus: cæteroquin ea proponuntur

vel coram eod. iudice, veluti nullitas, restitutio in integrum: vel coram superiori, veluti appellatio, revisio. Itemque dividuntur in ordinaria, & extraordinaria, & hæc rursus diversi generis, quoniam huc pertinent, nullitas, revisio, supplicatio, restitutio in integrum: & hæc vel ob ætatem vel ob alias causas, propter quas etiam maioribus restitutio datur, ex quorum numero est, si ex falsis testimoniis sententia fuerit lata *l. divus* 33. *h. t.* hoc enim casu sententiam non ipso iure nullam esse, sed iure validam retractari affirmat hic Tr. videlicet per restitutionem intra quadriennium petendam, ut ibid. notat Gloss. idque ab omnibus Dd. teneri ait *Zas. in d. l.* 33. sed ipse *ibid. & 1. respons. singul. cap.* 3. ab ea opinione discedit, & sententiam huiusmodi ipso iure nullam esse contendit, & ad *d. l.* 33. in qua causa in integrum restitui dicitur, respondet, quod incertum ibi sit an testes fuerint falsi, & nō obstare quod testes *in d. l.* 33. dicantur corrupti, quoniam etiam testes corrupti nihilominus veritatem dicere possint. Sed 1. non nisi absurde statui potest, si testes citra corruptionem falsum dixerint, sententiam esse nullam, sed si corrupti dixerint, valere ipso iure: cum hic insuper dolus adversarii accedat. Quod si autem Zas. existimat *in l.* 33. corruptos quidem fuisse testes, sed non propterea falsum dixisse, repugnat ei tum ratio, quod scilicet sentētia iusta rescindi non debet, tum refragantur ipsa verba textus, 1. *falsis testimoniis &c.* quæ mox explicantur per verba, testibus pecunia corruptis. 2. *religionem iudicis circumventam*, &c. quæ necessario efficiunt, sententiam ex falsis probationibus latam fuisse. 3. *si probaveris, testibus pecunia corruptis te oppressum*: ut proinde falsum eos testimonium dixisse necessum sit, quod etiam in dubio à testibus corruptis fieri præsumitur: & tamen *in d. l.* 33. causam in integrum restituendam dicitur. Quod si vel rationes vel textus solidi pro Zasij opinione militarent, dicerem potius, quod verbum *restituendi in d. l.* 33. latius & improprie usurpetur, & significet, sententiam nullam declarari: quomodo verbum revocari usurpatur *in l. 1. C. d. revocand. quæ in fraud. cred.* rescindi, *in leg. 5. C. d. rescind. vend.* in irritum deduci *Nov. 115. cap.* 3. §. *hoc autem* 5. *Inst. quib. mod. testam. infirm.* Verum est quod Zasij rationibus reponatur: & adducit ille 1. textum *in l. qui agnitis* 11. *d. except.* ex quo tale argumentum formatur. Vbi non est nec locum habet præscriptio rei iudicatæ, ibi non est sententia, quoniam effectu negato negatur causa: at-

quia

quin ubi ex falsis testimoniis sententia lata est, nõ habet locum exceptio rei iudicatæ *d.l.11.*ergo &c. Alterum argumentum est ex *l.1. & t. t. C. si ex fals. instrum.* ex quo probari videtur, sententiam eiusmodi citra appellationem esse nullam. 3. ita colligit Zas. Si transactio ex falsis instrumentis est ipso iure nulla, ergo & res iudicata: atqui verum prius: Ergo & posterius. Ratio connexi est à comparatione utriusque quoad effectum & autoritatem *l. non minorem. C.d. transact.* Assumptum probatur ex *l.1. in fin. ad Tertull.* ubi dicitur requiri bonam fidem in transactione. 4. Adducit Zas. quod dicitur *in l. Paulus 221. d. V.S.* curatorem falsum non esse curatorem, & testamentum falsum non esse testamentum. His addi potest 5. quod supra *th.3. lit. C.* magis probavimus, essentiale iudicii consistere in probationibus, quib. adeo deficientibus non poterit subsistere sententia. Et 6. quod paulo ante diximus, sententiam latam à iudice corrupto esse ipso iure nullam. Videamus, annon his rationibus satisfieri possit: & quod ad 1. attinet ex *l. qui agnitu d. except.* in ea hæc principaliter tractatur quæstio, an qui ex interloquutione vel præcepto iudicis subscripsit instrumentis productis, quæ cum falsa essent, pro veris tum habebantur, errore cognito accusationem falsi instituere possit. Et posse respondetur nec obstare præscriptionem, videlicet agnitorum & subscriptorum instrumentorum: idq; confirmat ICtus à simili, quod iuxta rescriptum Imperatoris, si res iudicata probetur ex falsis instrumentis, non obstet exceptio rei iudicatæ. Sed nimirum non obstare exceptionem, non nocere, non habere locum, etiam tum recte dicimus, ubi cum effectu opponi non potest, quæ scilicet replicatione falsi eliditur: Porro ex textibus sub titulo Cod. quando provocare non est necesse, nullitas sententiæ probari non potest, ut ostendimus supra *part. 1. disput. 7. th. ult. lit. C.* vix enim est, ut inter falsos testes & falsa instrumenta hic distinguere liceat, quamvis hæc occurrat diversitatis ratio, quod in instrumentis est vitium intrinsecum perpetuum & essentiale, sed in testibus extrinsecum & accidentale. In argumento tertio negari potest consequentia, neq; enim simpliciter, sed secundum quid procedit cõparatio transactionis & rei iudicatæ: & rationis est, ut valeat sententia potius, propter autoritatem rei iudicatæ arg. *l. 65. §. 2. ad Trebell.* quã privata conventio. Sed & negari potest adsumptum, quod transactio sit nulla, quod non probatur ex *d. l. 1. in fin. ad SCt. Ter.*

cum præsertim vulgo transactio dicatur esse stricti iuris: & facit *l. pen. C. d. transact.* ubi dicitur retractandas esse transactiones, ex falsis instrumentis initas. Ad argum. 4. petitum ex *l.* 221. *d. V. S.* respondetur vel quod sententia sit quoque nulla ratione effectus, vel quod sit fallacia homonymiæ: nam falsus curator dicitur, qui se pro curatore gerit, cum tamé non sit, ubi plane causa efficiens deficit, loquimur autem hic de sententia quæ re vera à iudice lata est. Quinta obiectio inde removetur, quod etiam falsæ probationes sunt probationes, maxime si opinionem iudicis attendas, & hactenus defendi potest sententiã esse nullam, si iudex nullis auditis probationib. statim sententiam ferat. Et hac tamen ratione Zas. uti non potest, qui probationes de essẽtia iudicii esse negat: quo posito tãto magis opinionem eius falsam esse consequitur. In sexto argumento illatio est à diversis: quoniã à iudice ipso corrupto ad testes corruptos, ad hũc effectum nullitatis sententiæ, nulla est consequentia. Hæc licet ita sint, Dd. tamen etiam sententia, quod in hoc casu intra quadriennium petenda sit restitutio, vix mihi probatur, ex hoc non infirmo, nisi fallor, fundamento quod *in d. l. divus* 33. *h. t. l. pen. C. d. transact. l. qui agnitis* 11. *d. except. l.* 1. 3. *&* 4. *C. si ex fals. instru.* traditur sententiam retractari & executionem iudicati suspendi, si quis illata quæstione & crimine falsi, instrumenta falsa fuisse probaverit. Et ergo quamdiu conqueri licet de falso, tamdiu non obstabit rei iudicatæ exceptio: atqui iure nostro viginti annis potest quæri de falso: ergo &c. Et hęc media fuerit sententia inter communem & Zas. opinionem: ex qua simul hoc efficietur, non opus esse imploratione speciali restitutionis in integrum: sed siquidé reus absolutus fuerit ex falsis instrumentis, causam actori integram esse, & exceptioné rei iudicatę, falso probato, per replicationem elidi: quod si reus condemnatus sit cõtra actioné rei iudicatę, probato falso, exceptione reũ defẽdi.

Rei iudicata comparatur.] De confessione hic incongruo loco tractatur, aut ead. ratione de transactione & iuramento, quę etiam rei iudicatæ comparantur, hic agi potuisset. Cæterũ non deest quod desideretur in his, quę de confessione rei tradit Tr. nam fallacia homonymiæ committitur, dum dicimus *confessionem iudicialem*: siquidem qui post litem contestatam apud iudicem pedaneum confitebatur olim, quæ maxime proprie iudicialis dicebatur cõfessio, condemnabatur, iuxta formulam à prætore datam, si paret reum debere, con-

re, condemna: sed non qui confessus erat in iure apud prætoré: quo casu nulla novatio & quasi cótractus intercessisse dici poterat, quæ in iudicio intercedere dicebantur *l.3.§.idem scribit d. pecul.* neq; prætoris erat condemnare regulariter, sed diem ad solvendum assignare. itaq; hic demum pro iudicato habebatur & in eu specialis actio dabatur de confessis, in qua ad instar actionis iudicati, & ex iureiurando, nihil aliud quærebatur, nisi an confessus quis esset: ad quem demum casum pertinet *l 56.h.t.& t.tit.d.confess.* itemq; quod vulgo dicitur, confessum esse pro iudicato: altera autem quę huic contraria videtur, propositio, in confessum nullas esse partes iudicis, nisi ut condemnet, pertinet tum ad confessionem quæ post litem contestatam facta est, tum ad causas criminales, in quib. etiam reus cófessus est condemnandus *l. 5. d. custod. reor. l. 1. §. si quis ultro d. quæst.* de quo etiam dictum est supra *part.1.disp.4.th.1.lit.D.* Patet autem hinc, errare Cuiac. qui 20.*obs.36.* indistincte & generaliter affirmat, quod semper confessioné sequi debeat condemnatio, adducta *d.l. 5.d.cust.reor.* ad q̃ iá responsum est: & *l.5.d.confess.* quá, quod salva eius pace dictú sit, Cuiac. intellexisse non videtur: loquitur n. illa de cōdemnatione ex causa actionis de confessis: idq; confirmat ipse text. qui ait condemnandú reum, sive Stichus iam mortuus erat, s. tempore cófessionis, sive post litis contestationé decesserit: ex quo cum appareat, non loqui ICtú de confessione facta apud Iudicé post litis contestationem, constat tamen utiq;, quod in casu confessionis factæ in iure apud prætorem, iudex super causa ex qua reus in iudiciú vocatus & confessus erat, non dabatur: quod alibi probavimus.

Et non raro.] Hoc quoque extra materiam propositam est, de effectu confessionis, quæ aliquando potentior est præsumptione iuris & de iure, cuius ratio reddita est supra *disp.4.th.10.lit.E.*

LIT. C.

Post decem dies in rem iudicatam.] De hac phrasi diximus aliquid supra *in pr.th.1.* & nimirum ubi primum sententia lata est, statim etiam res iudicata est: sed quoniam per appellationem adhuc suspendi, imo extingui iudicatú potest, ut dicitur *in l.1.§.ult.ad Turp.* nó videtur omnino adhuc res perfecte iudicata, sed tú demú, ubi amplius sententia retractari non potest: quæ causa fuisse videtur diversorú titulorum in Codic. *d.sentent.& re iudic.* Adiicit autem mox Treut. in exegesi hæc verba: *olim condemnatis ex ll. 12. tabb. triginta dies*

Post decem dies transit in rem judicatam.

daban-

dabantur. Quod si coniungatur cum eo, quod de transitu in rem iudicatam dixit, sequetur quod olim post 30. demum dies, & hodie post quatuor menses sententia transeat in rem iudicatam, quod utique falsum esse constat. Et male diversa plane tempora confunduntur: alterum intra quod appellandum est, post quod trãsit sententia in rem iudicatam: alterum quod ex miseratione quadã datur condemnato, ut iudicato satisfacere possit, & intra quod executio differtur. Hoc tempus olim ex l. 12. tabb. fuit 30. dierum sicuti hæc verba legis referuntur à *Gell. lib. 15. cap. 13. & lib. 20. c. 1. æris confeßi rebusq; iure iudicatis triginta dies iusti sunto*: & hoc tempus appellatur legitimum *l. 1. C. d. usur. rei iudic. l. 4. §. si quis 5. h. t.* tempus statutum *l. ult. C. d. execut. rei iudic.* & dies constituti intra quos iudicati agi non potest *l. 7. h. t.* Rationem explicat Gell. *d. cap.* 1. æris debiti, inquit, iudicatis 30. dies sunt dati conquirendæ pecuniæ causa, eosq; dies decemviri iustos appellaverunt, velut quoddam iustitium, & iuris interstitionem, quibus diebus nihil cum his iure agi posset. Aliam tamen rationem insinuat *Marcill. ad ll. 12. tabb. c. 18.* ubi putat hoc tempus petitum fuisse ex militia, autore Festo in verbo *iusti*, ubi scribit iustos dies dictos fuisse 30. cum exercitus esset imperatus & vexillum in arce positum, quod idem scribit *Macrob. lib. 1. Saturn. c. 16.* fortassis ut suspicor, quod post illos 30. dies exercitus extra urbem in hostem proficiscebatur. Nihil autẽ hic obstat quod *in l. 21. §. 1. d. constituta pecunia.* dicitur de exactione celebranda intra decem dies: etenim istud non pertinet ad executionem ex causa iudicati, sed ad instituendam actionem constituti, quod sine die factũ est: qua de re, & an ex pura obligatione in continenti agi possit, tractatur *infra disp. 27. th. 6. lit. A.* quamvis non immerito videri possit, quod Tribonianus ad *d. l. 21.* admoverit manum. Tempus autem istud 30. dierum postea mutatum fuit in duos menses *l. un. C. Theodos. d. usur. rei iud.* à Iust. factum est quadrimestre *l. 2. C. eod. tit.*

LIT. D.

An sententia ob noviter reperta instrumenta possit rescindi.

Nec poßit retractari.] Exemplo hoc grave esse, ut propter instrumenta de novo reperta sententia retractetur, rescripserunt *Impp. in l. 4. C. d. re iudic.* Excipit tamen Tr. quosdam casus, quos notari ait à *Wesembec. in paratit. l. hic n. 10. & à Marant. d. sentent. n. 128.* Verum

Wesem-

Wesembec. in genere saltem hoc dicit, quod sententia aliquando retractetur per restitutionem in integrum: Maranta autem cit. loc. refert casus, quibus sententia non transit in rem iudicatam. Sed exceptiones, quas Treut. intelligit, referuntur *à Mynsing. 4. obs. 60. & à Duar. in l. Imperatores 35. h. t.* si causa concernat rempubli. *dict. leg. 35.* & ad huius instar minorem vel pupillum: si sententia contraria antea lata proferatur *leg. 1. Cod quand. provoc. non est necesse*, si dolo adversarij factum sit ne instrumenta produci possent argument. *l. sub prætextu. 19. C. d. transact.* si mediante iuramento suppletorio sententia lata fuerit *l. admonendi d. iureiur.* si contra matrimonium *cap. lata, extra h. t* sub quos casus & hunc refert Treut. si quis ex iusta & probabili ignorantia non produxerit instrumenta, ut ei restitutio in integrũ concedatur: quæ posteriora verba supervacanea esse videntur, quoniam cum Treut. de rescissione & retractatione sententiæ loquatur, hæc non nisi implorato nobili officio iudicis per modum restitutionis locum habere potest. Sed quod ipsam rem attinet, veriorem existimo sententiam eorum quos sequitur *Facbin. 1. controvers. 5* 1. qui ex hac causa sententiam retractari posse negant: & pro hac opinione militant hæ rationes. 1. generalitas textuum *in dict. leg. Impp. 35. h. t. leg. 4. Cod. d. re iudicat.* Cæteri enim textus directo nihil probant, sed hoc tantum, quod sententiæ debeat stari, ita ut nec per ipsum iudicem revocari possit. Neque recte quis dixerit, hanc esse sententiam *dict. leg. 4. & dict. leg. 35.* quasi vigore instrumentorum iure ordinario non possit causa iterum agi, non autem excludatur beneficiũ restitutionis. Etenim & verba generalia sunt, & effectu res eod. redierit, & præsumuntur Impp. rescripsisse de casu magis dubitabili: per quam absurdum autem fuerit existimare, per instrumenta recens reperta quasi ipso iure tolli sententiam, & restitui obligationem, cum præsertim *in dict. leg. 4. restaurationis*, & *in dict. leg. 35. restitutionis* mentio fiat. Secunda ratio est, quoniam *in dict. leg. 35. h t.* in causa publica & negotio reipublicæ permittitur retractatio sententiæ non simpliciter, sed aliquando, ex causa, ita ut negotium publicum opponatur privato: inter quæ hic differentia non esset, si propter ignorantiam probabilem simpliciter restitutioni esset locus. 3. quia ita semper contra textus generales propter instrumenta noviter reperta daretur restitutio: nam alias posita ignorantia improbabili, adeoq; culpa, nulla aut inepta ratio

dubitandi sit futura: ut proinde rescripta Impp. sint generaliter accipienda, quod nullo modo propter alia instrumenta sententia retractetur. 4. Quia in genere verum est, ob ignorantiam simplicem non dari restitutionem, ut probatum supra *par.1.disp.11. th. pen.* quod passim defendit Tr. sed hic ab ea opinione deficere videtur: dicitur autem simplex ignorantia, ubi sola est, nec cum ea aliud impedimentum concurrit. Facit 5. argumentum à transactione quæ simpliciter negatur rescindi propter alia instrumenta post reperta *l.19.& 29.C.d.transact.* Sexto facit à contrario sensu *l. admonendi 31. d.iureiur.* quod si enim eo demum casu propter instrumenta noviter reperta, restitutio datur contra sententiam ubi propter inopiã probationum reus præstito iuramento necessario absolutus fuit, ergo aliis casibus secus erit: nam & procul dubio *in dict.leg.31.* ignorantia probabilis erit allleganda. 7. facit textus *in leg.* 10. §. *ult. d. edend.* ex qua victo datur actio in id quod interest contra argentarium qui non edidit rationes, quas si V. C. reus habuisset, obtinere potuisset: ex quo apparet, si rationes illas postea producere reus velit, eum non audiri: ideoque frustra & male textum illum pro se adducit Treut. pro quo etiam nihil facit *lex 1. ex quib. caus. maior.* quoniam sub iusta causa, ex qua prætor restitutionem se daturum pollicetur, non continetur simplex ignorantia. Nihil etiam pro eo facit *lex.1.§ si quis 9. d.itin. actuque privat.* vel quia ead. est responsio, vel quia ibi non ignorantia sed inundatio restitutioni causam præbet. Nihil denique facit *lex.ult.de eo per quam factum erit &c.* quoniam pertinet ad casum, quo propter factum tertii ego læsus sum, & adversarius meus lucrum sensit: quo sane non est iniquum si tertius ille solvendo, non sit, per restitutionem in integrum mihi succurri.

An propter testamentu de novo repertu et productu sent[entia] rescindat[ur]. *An inter illos casus.*] Quæstio hæc expedita non est, an propter testamentum vel ut generalius dicam propter ultimam dispositionem de novo repertam & productam sententia rescindatur. Et Tr. probat distinctionem F.ch. an in testamento noviter reperto maior quantitas debeatur, an eo prius revocetur: ut illo casu retractetur sententia, non autem hoc. Inter quæ mala videtur oppositio, quia semper per testamentum secundum revocatur prius: sed Tr. intelligit revocationem ratione legati relicti. Sed & non recte dicitur priori casu retractari sententiam, quoniam ex testamẽto postea produ-

producto nova nascitur & instituitur actio. Equidem si ponatur, ex alia causa antea actum esse, non videtur ea quæstio huc pertinere, quoniam illa causa nihil cum testaméto habet commune. Sed si actum fuerit ex ultima voluntate, distinguendum videtur, quod aut agitur ex ead. specie aut ex diversa: V. C. si prius actum fuerit ex testamento, interest an postea producatur aliud testamentum an codicillus. Hoc casu non dubitarim denuo agi posse etiam citra restitutionis beneficium, quoniam alia & nova est petendi causa: quę etiam transactionis ratio est *leg.* 3. §. 1. *& l. non est.* 12. *d. transactionib.* Illo casu videatur distinguendum, an testamentum quod postea producitur, sit prius factum an posterius. Si illud, non poterit denuo agi, multo minus retractari sententia, quoniam testamentum illud per posterius revocatum fuit. Sin hoc, iterum meo iudicio interest, an testamentum istud secundum producatur ad effectum agendi, & puto recte id fieri, quoniam præstat novam petendi causam: an vero ad effectum quodammodo excipiendi, ut revocetur, quod alteri ex testamento adiudicatum fuit: quo casu recte videtur negare *Fachin.* 1. *controvers.* 52. quod sententia retractari possit, quoniam huius tanta sit autoritas, ut rescindi non possit, licet postea nil deberi constet. Vbi tamen dubium facit, quod sicut procurator falsus dicitur, non tantum qui nullum ab initio, sed etiam qui revocatum habet mandatum, ut notatur supra *part.* 1. *disput.* 9. *th.* 4. *&* 9. ita etiam mereatur dici falsum instrumentum, quod revocatum est: & cum porro sententia ex falsis instrumentis lata retractetur, etiam hoc casu sententiam rescindendam esse videri possit. Et tamen hoc admisso contra sententiam paulo ante defensam, frequenter ob instrumenta postea producta sententia rescindetur. Finge debitorem solvisse, inane ita chirographum & consequenter falsum dicemus: finge conventum reum, quod solutionem probare non posset, condemnatum, postea producere apocham: nemo facile dixerit, sententiam priorem rescindi debere, aut idem dixerit, facilime propter instrumenta post reperta sententias retractari, contra generales text. *in d. l.* 4. *C. h. t. & in l.* 35. *D. eod.* Ideoq; existimo, quod de retractatione sententiæ ex falsis instrumentis latæ, dicitur, intelligi

debere de instrumentis, in quibus producendis actor falsum commisit, vel quę intrinseco & primordiali falsitatis vitio laborant, velut quæ à corrupto notario scripta fuerunt: in quam rem faciunt textus paulo ante citati, quod qui ex hac causa restitutionem petit, prius falsum debeat probare: & ita in hac materia verbum falsi strictius quam alibi erit accipiēdum. Porro nihil ad hanc quęstionem pertinet *l.1. quemadmodum test. aper. iuncta l. 6. d. transact.* etenim ponimus hic iudicem super causa testamentaria inspecto testamento pronuntiasse.

Illud eleganter quæritur.] Affirmat hic Tr. annullari sententiam, quam iudex in mortis articulo iniuste à se prolatam dixit, si præsumptiones aliæ contra sententiam concurrant. Equidem exprimere debebat, quasnam intelligeret præsumptiones: cæterum ego simpliciter negare malim, 1. quia sententia quæ re ipsa iniusta est modo non tale quid adsit, quod ordinario iure eam evertat, non propterea retractatur, ut ex præmissis apparet, & confirmatur in specie ex *l. 12 §. 3. d. bon. libert.* ubi dicitur eum qui vere fuit exheredatus, posse petere hereditatem, si pronuntiatum sit, eum exheredatum non esse. 2. quia assertio iudicis non potest auferre ius quęsitum per sententiam, quam ipse ut maxime vellet, revocare non posset *l.1. §. ult. in fin. d. quæstion.* cum præsertim ipse iudex possit falli, dum sententiam iniustam esse dicit: neque obstat quod vulgo traditur neminem præsumi immemorem æternæ salutis, adeoq; præsumi quod dicat veritatem: quoniam utcunque istud præsumatur, sufficere tamen non potest, ut fiat præiudicium tertio, ipsique ius quęsitum auferatur: velut in terminis tradunt *Alciat. reg. 3. præsumpt. 4. in fin. Menoch. lib. 5. præsumpt. 5. n. 8.* ubi idem tradunt esse, si testis moriturus dicat, se falsum deposuisse, & ijdem notant non raro fallere istam præsumptionem.

LIT. E.

Sententia jus facit inter litigantes.

Ius facit inter litigantes.] Sicut sententia & voluntas testatoris heredi ita & magis sententia iudicis litigantibus, quædam lex est: & quod lex proprie dicta operatur in omnibus casibus & omnibus civibus, idem quadantenus operatur sententia iudicis inter litigantes: & quidem inter hos tantum, non alios, quos non contingit, & hoc

hoc dupliciter. 1. ut si alii litigent quandocunque super eiusdem generis causa, sententia prior non faciat prejudicium, neque imponat necessitatem iudici eod. modo pronuntiandi etiamsi prior iudex summæ fuerit dignationis, ut expresse constituit *Iustin. in l. nemo 13. C. d. sentent. & interlocut.* ubi ait non exemplis sed legibus esse iudicandum. Excipitur tamen sententia summi principis, quæ ad similes casus trahitur, quod princeps ita iudicando omnib. iisdem casibus quasi hanc legem dicere voluisse creditur §. *sed & quod 6. Inst. d. iur. natur.* ibi, *vel cognoscens decrevit*, notat *Zas. in l. cum prolatis 32. h. t. num. 3.* Deinde & 2. ut sententia lata non noceat tertio, nec exceptio inde nascens ipsi obstet; quod obtinet etiamsi à principe lata sit: est enim hæc ratio ipsius naturæ vel gent. iuris, ne per alterum alteri iniqua cõditio inferatur, neq; res inter alios acta alteri obsit, cui etiam non prodest, iuxta *leg. 1. & t. t. C. res inter alios actas &c.* idque quod sententia inter alios lata aliis non præiudicet, sæpe constitutum esse dicitur *in l. sæpe 63. h. t.* de cuius sententia quia varios intellectus & lecturas habet paucis agemus. Eius verba iuxta editionem Florentinam ita habent: sæpe constitutum est, res inter alios iudicatas, aliis non præiudicare: quod tamen distinctionẽ recipit: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest: quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. Hactenus ICtus. Et *Cuiac. 12. obs. 25.* legendum esse vult, non obest 1. ab autoritate exemplaris Norici & editionis Haloandri. 2. ab ordine exemplorum subiectorum quæ *in vers. proximo, nam scientibus &c.* pertinent ad eum casum quo sententia aliis non obest. Sed ad utrumque hoc facilis responsio est: & ad 1. quod exemplar Florentinum maioris sit autoritatis, quamvis in meo exemplari, quod Parisiis ad exemplar Haloandri expressum esse titulus præfert, sit lectio affirmativa. Ad 2. quia minime necessarium est, ut eod. ordine exempla proponantur: qui in propositionibus seu regulis præmissis observatus fuit, quin ut hoc non fiat, artis esse affirmat *Zas. in hac l. 63. num. 12. & Covarr. præst. quæst. 13. num. 7. in princ.* prius proponi ait exempla, quæ conveniant posteriori distinctionis membro. Sed pro Cuiac. fortior hæc ratio dari potest, quod non sit obscurum duos ibi proponi casus seu propositiones, subiectas regulæ generali initio propositæ, *quod res iudicata aliis non noceat*: altera traditur per modum ampliationis, quod adeo verum sit,

ſententiam aliis non nocere, ut etiam non noceat ſcientibus: altera per modum limitationis, quod ſententia noceat aliquādo aliis, ſed ſcientibus tantum, non etiam ignorantibus. Prioris propoſitionis exempla ſunt *in verſ. nam ſcientibus*, mox enim ſequitur, *etiamſi cum coherede ſuo agi ſciverit*: quæ reſpondent propoſitioni priori ibi: *etiam ſcientibus*, quod verbum, *etiam*, emphaſin quandam habet: & cum adeo in exemplis *d. verſ. nam ſcientibus*, ſententia non noceat, neceſſario effici videtur, ut in priori propoſitione legamus, *non obeſt.* Et conſequenter cum *in verſ. ſcientibus*, proponantur exempla, quibus ſententia aliis nocet, exigente hoc propoſitionum perampliationem & limitationem oppoſitione, in altera propoſitione legendum erit cum eod. Cuiac. *quibuſdam*, *etiamſi contra ipſos iudicatum nihil ſit, nocet*, vel ita interpungendum, *iudicatum ſit nihil, nocet*: & facit quod contra eos de quibus agitur *in verſ. nam ſcientibus*, non poteſt dici iudicatum. Accedit etiam, quod lectio iſta, *non obeſt*, quam etiam agnoſcit & explicat Zaſ. extat in vetuſtis editionis vulgatæ exemplaribus, quorum unum & alterum, ante annos 128. typis excuſum, inſpexi. Quin & ſtante hac lectione, præciſe neceſſarium non eſt, in altera propoſitione tranſponere verba aut aliter interpungere: ſed, ut ipſe notat Cuiac. poteſt dici eſſe ὑπερβιβασμός, ſeu ut hoc explicat *Zaſ. in dict. leg. 63. numer. 3. & 11.* diſſimulatio alterius oppoſiti membri, quod poſtea effectu & re ipſa per exempla *in verſ. ſcientibus*, proponatur. Sed contra iſtam explicationem, illud præcipue movet, quod ita per tautologiam ſatis inconcinnā idem bis diceret ICtus verbis prorſus idem ſignificantibus, *non obeſt*, &, *nihil nocet*: licet enim duos ſubiiciat caſus, inepte tamen ſingulis propriam & idem ſignificantem accommodaret propoſitionem, cum in utroque caſu idem iuris ſit, ut etiam ſcientibus ſententia non noceat. Ideo magis probo lectionem Florentinam, ut in prima propoſitione *obeſſe*, in ſecunda *nihil nocere* ſententia dicatur: contra quam lectionem non ſatis urgere videtur, obiectio tertia, ſumpta à particula, *etiam*, quam nihil abſurdi eſt, ſi aut ſuperfluam aut expungendam eſſe dicamus: cum & Accurſ. notet varietatem lectionis, quod alibi pro, *etiam ſcientibus*, legatur, *conſentientibus*, alibi ſimpliciter, *ſcientibus*: vel tranſpoſita illa particula *etiam*, ita locum reſtituemus: *nam ſententia inter alios dicta aliis quibuſdam ſcientibus, obeſt, quibuſdam vero etiam ſcientibus ſi contra*

contra eos iudicatum sit, nihil nocet : quomodo sensum faciliorem & integriorem effici, & res ipsa loquitur, & iudiciose animadvertit *Covarr. pract. quaest.* 13. *in fin.* Neque porro obstat, quod contra eos iudicatum esse dicitur: etenim ut recte Accurs. nihil quidem expresse, sed tamen tacite videtur iudicatum cõtra alterum, quippe cuius idem ius est quod alterius, contra quem expresse sententia lata est, quæ etiam alteri noceret, nisi obstaret ratio, qua movetur ICtus *in dict. leg.* 63. quod cum par utriusque ius sit, alter alterum prohibere non potest: & tamen hactenus nocet alteri sententia, ut eius causa gravetur quodam præiudicio, propter quod ei appellare licet *l. à sententia* 5. *d. appellat.*

Alia controversia movetur *in dict. leg.* 63. circa exempla propositionis prioris, qua sententia aliis dicitur obesse, *in versic. scientibus &c.* quando videlicet ille, cuius in agendo aut defendendo potiores erant partes, passus est sciens agere alium, quem prohibere potuisset: quod ita tacite videatur approbare quæ aguntur & iudicantur: veluti, inquit ICtus, *si creditor debitorem agere patiatur de proprietate rei pignorata* : ita enim habet lectio Florentina, sed inverso modo vulgata & Haloandrina, *si debitor patiatur agere creditorem*, quam ita probat *Zas. numer.* 5. & 22. ut quosdam veterum aliter sentientes, defecisse dicat à lectione & veritate textus. Videtur autem utraque lectio defendi posse, & 1. vulgata, quod noceat debitori, si patiatur agere creditorẽ de proprietate, cum dominium sit debitoris: neque obstabit *l. ante omnia* 23. *d. probat.* quoniam ut respondet Zas. aliud est probare rẽ fuisse in bonis debitoris, in quo creditoris potiores sunt partes: aliud, in dominio debitoris, in quo potiores partes sint debitoris. Deinde etiam Florentina; quoniam cum res aliena non recte detur pignori, creditori, quo sciente debitor egit, sententia nocere debet, quod negato dominij iure, appareat, pignus non recte fuisse constitutum. Cui non obstat, quod vulgo traditur, usucapione non perimi ius pignoris *leg.* 1. §. 3. *d. pig.* vel quia usucapio fit ignorante creditore, vel quia aliud est, si dominium non fuerit debitoris tempore pignorationis, aliud si debitor per usucapionem postea sequutam, dominium quod ante habuit, amittat. Non obstat etiam *lex.* 3. *in pr. d. pig.* quoniam ibi creditor litem à debitore

motam

motam esse ignoravit. Et lectio Florentina, defensa etiam à *Cuiac. 12. obs. 25.* magis probanda videtur. 1. quia Zas. quodammodo videtur captare verba, *in bonis*, 2. quia videtur existimare Zas. sufficere creditori ad victoriam in actione hypothecaria, si probet saltem, quod res penes debitorem fuerit deposita vel ei commodata, licet enim hæ res aliquando dicantur esse in bonis §. *ult. Inst. vi bon. rapt.* id tamen fit abusive, & non nisi eo respectu, quatenus V.C. commodatarius earum amissarum nomine tenetur, minime autē ad hoc, ut pignori dari possint: & ex communi sententia si debitor contra tertium agat, ad minimum necesse est ut probet, quod res bona fide tēpore pignorationis à debitore fuerit possessa, de quo aliquid dictum est supra *disput. 1. th. 7. lit. H.* 3. confirmant hanc lectionem verba quæ sequuntur *in dict. leg. sæpe. versic. cum autem*, ibi, *qui autem priorem dominum*, debitor vero, non autem creditor dominus est. 4. propter exempla reliqua quæ proponuntur *in d. vers. scientibus*, de marito & possessore rei venditæ: si quidem in his omnibus proponuntur duæ personæ, ita inter se invicem distinctæ, ut in altera ius in re fundetur, & per hanc ad alterā ius illud perveniat, quod à iure prioris dependet. Atque ita ius mariti provenit ab uxore vel socero qui dotem dederunt, & ab horum iure dependet: ita possessoris emptoris ius dependet à iure venditoris: & eod. modo ius creditoris dependet à iure debitoris: & cum igitur sine controversia exempla duo priora ita proponantur, si maritus patiatur agere socerum, si possessor venditorem, etiam posterius ita concipiendum erit, si creditor patiatur agere debiorem. Sed & non videtur prohibere posse debitor creditorem, quo minus agat super iure rei, quæ ipsi pignori tradita est, (de hoc enim genere pignoris, non de hypotheca hic quæritur,) & priores adeo partes eius esse videntur, ut pluribus tractat *Covarr. pract. quæst. 13. n. 7. vers. cæterum adversus.*

Et si hoc scivissent.]. Regulam, quod res iudicata aliis non noceat, ampliat Treut. etiamsi hi scivissent, modo ad causam non fuerint citati. Huius autem ampliationis vitium ex iam dictis, & ex ipsa *l. 63. h. t.* manifestum est: vera enim quidem ampliatio est, eo casu, quo alter alterum prohibere non potuit, nec ius unius ab altero dependet, ut in exemplis *dict. leg. 63. versic. nam scientibus*: sed falsa est altero casu, cuius exempla proponuntur *in vers. scientibus*: quo nimirum

mirum simplex scientia citra citationem, alteri nocet, velut ex *d. vers.* evidentissimum est. Quin amplius aliquando etiam ignorantibus sententiam nocere, verissime tradit male improbatus *Covarruv. pract. quæst. 13. numero quinto.* ubi videlicet causa tractatur cum legitimo contradictore vel defensore, qui primas habet agendi & defendendi partes, à quo ius aliorum dependet & derivatur: quod maxime è accidit in causis præiudicialibus de statu, per *l. ingenuum. d. stat. hom. & l. divi fratres §. 1. d. liberal. caus.* itemque si de iure primogenii aut fideicommissi tractetur, ut sententia lata noceat iis, qui vocantur post primum, per *l. si suspecta d. inoff. testam. l. ex contractu. 44. d. re iudic.* quod pluribus confirmat *Covarr. citato loco. numer. 6.* Ex quibus efficitur, mancum videri ICtum *in dict. leg. 63.* ubi duas tantum tradit propositiones, 1. quod sententia aliquando non noceat etiam scientibus. 2. quod sententia noceat quibusdā scientibus: addenda enim his est tertia, quod sententia aliquando etiam noceat ignorantibus: quam fortassis ideo omisit ICtus, quod hoc fit ex speciali causa præiudicij, quod ex sententia emergens, & ipsam rem afficiens, per consequentiam necessariam, aliis quoque obstaculo est & impedimento. Et ex his sponte sua ruunt obiectiones, quas post alios contra regulam *in pr. l. 63. h. t.* propositam, affert *Hottom. 6. obs. 63.*

Quid si tertius intervenerit.] Repetenda huc est distinctio, quam ex Dd. proponit *Covarr. pract. quæst. 13. in princ.* quod interventio fiat vel ad assistendum alterutri litigantium, actori sive reo, vel ad excludendum alterutrum vel utrumque litigantium à iure de quo in iudicio tractatur, & interventori vel ut loquuntur, tertio oppositori asserendo. Priori casu, de quo hic à Tr. non tractatur, docet Covarr. cit. loc. litem in eod. statu esse assumendam, nec quicquum permittendum intervenienti, quod principali litiganti non permitteretur, veluti ut producat testes novos post publicationé: V.C. venditori qui assistit emptori, legatario qui assistit heredi scripto, de quo genere intervenientium *in cap. ult. ut lite pendente l. si suspecta d. inoffic. testam. l. venditor d. appellat.* Posteriorem casum subdistinguit *Covarruv. quæst. 14. numer. 3. in fin.* quod quandoque quis se offert iudicio petens actorem vel reum omnino excludi, eoquod V.C. actio sibi non actori priori competat: quandoque tertius op.

ponat se liti in hoc, ut contendat, pro actore non esse ferendam sententiam, sed imo rem ab actore petitam sibi dandam, & ad hoc reum condemnandum esse: veluti si Titio fundum à Caio vindicante, Sempronius interveniat, & fundum sibi adiudicari petat. Inter quæ duo quid & quantum intersit, vix animadverto, & in utrumq; utiq; casum incidit quæstio, quam post *Covarruv. d. quæst. 14. num. 4.* movet Tr. an oppositio Sempronij processum causæ pẽdentis inter Titium & Caium impediat, ut nõ possit ea lis definiri, donec etiam ius tertij examinetur. Quod cum Covarruv. negat Tr. per textum *in l. 57. d. rei vindic. iuncta leg. pen. d. petit. hered.* Sed contraria sententia mihi verior videtur: vel quod cum ipse Covarruv. talem intervenientem audiendum putet, ita ut minime teneatur litem assumere in eo statu, in quo fuit, sed omnia de integro repetẽda sint, nõ video, quem effectum habitura sit illa admissio, nisi processum inter Titium & Caium morari & impedire possit: vel quia, cum ipsi magistratus hodie iudicent, ad evitandas ambages res potius simul expedienda, quam ad novum iudicium Titius remittẽdus est: ex quo nullo negotio ad iam citatos textus respondetur, nõ ut à Dd. quorum meminit Covarr. obtinere illos, ubi duo reali actione diversis iudiciis eandem rem ab uno petunt, sed quod in iis tractetur de iudice pedaneo, qui cum ex formula iudex datus esset inter duos, de iure tertij, cuius in formula nulla mentio erat, non poterat pronuntiare. Vnde simul apparet, non recte pro nostra sententia adduci textum *in l. 31. depositi*, in qua & ipsa de iudice pedaneo tractatur: quamvis sane existimem, tertium illum facile impetrare potuisse à prætore, ut ad eundem iudicem, qui simul litem decideret mitteretur.

Sententiam stricti iuris.] Hac phrasi stricti iuris esse ambigue uti, aut abuti solent Dd. qua ICti vix alibi quam in distinctione contractuum aut actionum potius uti solẽt: cum interpretes vulgo transactionem, instrumenta, sententias & nihil non stricti iuris esse dicant, quod extra ea quæ iis expressa sunt, non extrahantur: alio sensu, quam quo ita appellantur actiones arg. *§. in bonæ 30. Inst. d. action.* quamvis per translationem quandam & similitudinem usurpatio Dd. defendi posse videatur, quod in bonæ fidei iudiciis quædam ex æquo & bono veniunt, de quibus actum non fuit *Inst. d. obl. ex consens.*

senf. in fin. sed in stricti iuris iudiciis, nihil nisi quod expressum est *l. quicquid 99. d. V. O.* aut ex ipsa natura contractus inest *lege tertia de reb. cred.*

Per eam dominium transferri.] Hoc quidem per modum quendam ampliationis ad præcedens male proponitur. Crasse autem hoc dici aut pinguius, quod per sentẽtiam transferatur dominium ait Tr. sed quod omnino faciendum erat, in quo pinguius istud cõsistat, non explicat. Notat *Zas. ad rubric. h. t.* quæstionem hanc præcipue agitari in rerum vindicationibus, an si pro actore pronuntietur, inde dominus efficiatur: quod Gloss. affirmare videtur, quę & in continuatione huius tit. & *in l. ex hoc iure 5. d. iustit. & iur.* sententiam refert inter modos acquirendi dominii ex iure civili: sed rectius Zas. affirmare videtur, non dominium, sed præsumptionẽ dominii induci per sententiam, quę pro veritate habetur. Et sane constat in rei vindicatione non agi, ut quid detur aut fiat, neq; ut actor dominium consequatur, sed ut dominus declaretur, & res sibi restituatur, hac nimirum intentione & formula: *aio hanc rem iure quiritium meam esse*, secundum quam obtenta sententia, non iam dominus esse incipit, sed quod dominus fuerit & sit, per sentẽtiam declaratur, quæ proinde hoc casu nec dominium tribuit, nec titulum, quippe qui in iudicio probatus adeoq; præexistẽs fuit: atq; huc potest videri respexisse Tr. dum ait pinguius dici, quod per sententiam quis dominus efficiatur, per quã dominus declaratur. Neq; obstat *§. ult. Inst. d. offic. iud.* ubi dicitur statim fieri eius quod adiudicatũ est, quod in mixtis iudiciis alicui est adiudicatũ; etenim hoc nõ fit per & propter simplicem sententiã, sed propterea quia iam ante singuli pro indiviso possidebant: neq; hoc operatur sententia, ut domini fiant, quia imo iam antea erant, sed ut qui antea erant domini partium pro indiviso, incipiant esse domini partium pro diviso, quod scilicet partes separantur, quæ ante erant confusæ: & ita hic sententia quodammodo titulum tribuere videtur: & nec hunc tamẽ simpliciter, quoniam antea titulus aderat, sed tantum quatenus partes considerantur pro diviso, quæ ante erant pro indiviso. Ex quibus licet existimare, nullo iudicio & insubtiliter à *Fachin. 1. controvers. 62. in fi.* probari, quod sententia transferat dominium, adducto textu *in d. §. ult.* & hac ratione, quod sententia sit iusta causa, per quam

An per sentẽtiã dominium trans-feratur.

sequuta traditione dominium acquiratur. Etenim ad *d. §. ult.* iam responsum est, & longe alia quæstio est, an sententia sit modus trãs. ferendi dominii, an vero titulus: prorsus enim crasse & insubtiliter dicitur: quod per titulum transferatur dominium, sed transfertur illud per traditionem ex iusto titulo: quamvis ita insubtiliter hanc quæstionem Dd. videantur tractare, & in effectu hoc disputare, an sententia sit iusta causa & titulus, ex quo dominium transeat: ut colligi potest ex iis, quæ prolixe tradit *Ias. in l. ex hoc iure 5. d. iustit. & iur. colum. 6. in princip. cum 3. seqq.* Et ego tamen vere & subtiliter loquendo, sententiam nec titulũ quidem transferendi dominii esse existimo, 1. quoniam ut iam dictum, per sententiam fit declaratio dominii præexistentis, in quo petitio fundata & quod in iudicium deductum fuit, textus ad hoc *in l. sicut 8. §. & siquidem 4. si serv. vendic.* ubi dicitur per sententiam non constitui servitutem, sed declarari: & idem *in l. ex diverso 35. §. 1. d. rei vindic. l. Pomponius 40. §. 2. d. procurat.* 2. & præcipue quoniam sententia nihil novi tribuit aut facit, sed super eo quod in iudicium deductum est: pronuntiat, & illud ita se habere determinat & definit. Itaq; contra distinctionem Bart. idem esse statuam in actione personali: quoniam cum omnem actionem iure nostro ex certa causa institutam esse oporteat, si pro actore, qui ex stipulatu aut ex testamento egit, pronuntietur, & iuxta sententiam traditio fiat, non ex sententia, sed ex stipulatu aut legato dominium transferri intelligetur. Hinc, etiamsi in realibus, possessor non simpliciter absolvatur, sed etiam dominus esse pronuncietur, non tamen fit dominus ex sententia, sed iudex per allegata & probata in iudicio eum dominum esse definit. Frustra autem hic obiicitur textus ex *l. statu liberi. 29. §. Quintus in fin. d. stat. liber.* illis verbis, *non interesse quo genere quis dominus factus sit.* Minime enim significatur, quod ex sententia heres factus sit dominus, quippe qui factus est per aditionem, succedendo ex lege ab intestato: quod adeundi ius eum habuisse declaravit sententia, quæ contra heredem testamentarium lata fuit. Aliud argumentum his fere verbis proponit Ias. *in dict. leg. 5. d. iustit. & iur.* quibus casibus traditione facta à non domino transfertur usucapiendi conditio, iisdem si traditio fiat à domino, transit dominium. Atquin per traditionem factam autoritate sententię transfertur usucapiendi con-

ditio:

ditio: ergo si condemnatus fuit dominus, dominium transferetur. Assumptum probatur ex *l. si per errorem* 17. *d. usucap.* Sed responsio facilis est, quod sententia saltem confirmet titulum præcedentem, non autem novam usucapiendi causam tribuat, & quod in specie *d. l.* 17. hoc operetur sententia, ut ne error obsit usucapioni: sicut alias non obest error, ubi iusta errandi causa subest, ut trãctatum disput. præced. sententia autem iustificat errorem. Et vero si à iure possessoris condemnati pendet ius victoris, non potest effectus ille sententiæ tribui. Frustra autem affertur *l.* 3. §. *item quæri d. reb. eorum qua sub tutel.* ubi hoc saltem dicitur, si tutor ex re iudicata rem restituat petitori, quod iste casus non pertineat ad SCtum, quo prohibentur alienari sine decreto prędia minorum: inde autem non probatur, quod ex sententia petitor dominus fiat. Possit etiam hoc moveri, quod non videatur ratio habenda esse causę præcedentis & prioris, cum per sententiam inducatur quædam novatio: sed huic satis fiet ex iis quæ traduntur infra *disp.* 29, *th.* 5.

LIT. F. & C.

Duplex hic proponitur effectus sententiæ. 1. quod ex ea nascatur exceptio, de qua & eius requisitis, ut sit eadem res persona & causa, alibi tractatur. Ex quo dependet quod Tr. ait non esse locum huic exceptioni, si qui prius ex testamẽto convẽtus erat, postea ab intestato conveniatur: veluti si quis ex testamento hereditatem petierit & succubuerit, quod testamentum imperfectum, vel alias vitiosum aut ruptum fuerat, non prohibebitur postea tanquã proximus cognatus ab intestato vindicare hereditatem: quoniam hæc est alia & nova petendi causa. Secundus & principalis effectus est, quod parit actionem iudicati. Vbi obiicitur quod ita videatur lis ex lite nasci *argument. l. terminato* 3. *Cod. d. fructibus & litium expens.* & potius recta faciẽda videbatur executio, quam nova actio instituenda iudicati, cuius mentio *in leg.* 4. *in princ. l. miles* 6. §. *qui iudicati h. t. l.* 1. *C. d. recept. arbitr.* cum præsertim idem quod actione priori, hic quoque peti videatur. Respondendum est 1. quod veteres Romani omnia ordine, ut quam maxime violentia abesset, fieri voluerint, ideoque aliam adhuc actionem, qua post

Effectus duplex rei iudicatæ

iustos elapsos de quibus supra hac lit. C. reus iterum in iudicium vocaretur, ut colligitur ex *Gell. lib. 20. capitulo primo.* cum præsertim dubitari & quæri possit, an iudicatum sit necne, & insuper in causa executionis exceptiones variæ opponi possint, quæ prius in iudicio hoc discutiendæ veniunt, de qua re, an in puncto executionis & quæ exceptiones audiantur, vide *Geil. 1. obs. 113. num. 5.* & ibid. citatos, & *in fin. disput. 26. th. 7. sub fin.* 2. esse aliqua huius actionis propria, quæ cum in prius iudicium non fuerint deducta, nova adiudicatione opus habent, cuiusmodi sunt usurę centesimę. post tempus iudicatis datum currentes *l. ult. Codic. d. usur. rei iudic.* 3. quod ista actio quodammodo paratam habeat executionem, cum in ea nihil quæratur, nisi an iudicatum sit nec ne *l. post rem 56. h.t.* facit textus elegans *in l. minor. 40. in prin. d. minor.* ubi minor, secundum quem iudicatum erat, si debitum in cautionem deduci passus fuerit, restitui posse dicitur, quoniam, ut ait ICtus paratam ex causa iudicati persequutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegit. Et hinc forte est, quod teste *Geil. 1. obs. 113.* Dd. tradunt, quod non tantum per actionem iudicati sed etiam implorato officio iudicis nobili executio peti possit: & existimo etiam iure veteri in arbitrio prætoris fuisse, an iudicem dare, an si forte res esset magis liquida, statim executorem dare vellet. Illud autem ex ignorantia iuris veteris, quo iudices ipsi sententias non exequebantur, procedit, quod Dd. tradunt, sententiam etiam officio mercenario eius iudicis qui eam dixit, executioni mandari posse. *Bald. in leg. si causam 2. Codic. d. execut. rei iudic. numero tertio.* quæ tamen sententia ad rationem iuris novi non caret ratione. Hinc etiam videtur ex parte decidi posse quæstio quam ibid. movet Geil. an executor possit admittere exceptiones & super iis cognoscere. Etenim affirmativa procul dubio vera est, ubi iudex pedaneus instituta actione iudicati datus est: quāvis hic improprie executor dicatur, siquidem executio sequitur, neque ad iudicem pedaneum, sed ad prætorem spectat *l. à divo Pio 15. in princ. h.t.* Cæterum ab executore simplici hoc fieri posse vix crediderim, quoniam ab executione appellari non potest *leg. 5. C. quor. appellat. non recip.* quod alias iniquum fuerit: & executor ille dicitur, qui post sententiam omni audita & discussa lite rei iudicatæ vigorem ad ef-

ad effectum deducit *l.pen.C.d.execut.rei iud.* de qua re & aliis ad materiam executionis pertinentibus, quā parcissime attingit Tr. alias forte dicemus.

Sunt porro & aliæ huius actionis commoditates, & hæc vel præcipua quod perpetua est & iure actionis rei persequutoriæ utitur, licet actio prima fuerit temporalis aut pænalis *l.miles.* 6. *§.ult. h.t.* quoniam non origo iudici, sed ipsa iudicati obligatio spectatur, ut ait ICtus *in leg.tertia §.idem scribit* 11. *d.pecul.* qui locus ostendit, hanc actionem quasi ex contractu descendere, & propterea esse personalem. Et hinc est, quod licet pænalis actio ex delictis liberorum in parentes nec de peculio detur *leg.ex pœnalibus* 58 *.de regulis iuris.* si tamen filius ex causa delicti civiliter condemnatus sit, actio iudicati in patrem detur *dict. leg. tertia.* § 11. *d.pecul.* Et ex his apparet, quod apud Treut. dum ait actionem iudicati hodie esse perpetuam & persequutoriam, particula, *hodie*, aut otiose, aut vitiose sit adiecta. Recte autem Tr. hanc actionem ait esse civilem: idq; confirmatur ex iis quæ supra ex Gell. *lib.* 20 *.cap.*1. relata sunt, quod post 30. dies reus in iudicium ex *l.*12.*tabb.* sit vocandus. adde *Scip. Gentil.* 1. *d.iurisdict.cap.*9.

Et intentari debet.] Ait porro Treut. quod actio iudicati intentari debeat coram iudice ordinario. Et colligitur ex cit. *leg.* 15. *in princ.h.t.* quod opponatur iudex ordinarius iudici pedaneo sive dato, quem hodie delegatum vocare solent. Hoc quidem ex ratione iuris veteris, vitiose: quoniam iudices pedanei adeo erāt ordinarij, ut prætore iudicante, extra ordinem ius reddi diceretur. Sed & vitiosa consequentia est: prætor exequitur sententiam iudicis dati, ergo coram ipso intentatur actio iudicati: quoniam actio iudicati executionem præcedit: & nisi manifeste ostendatur exceptio, manēdum erit in regula, iuxta quam actio omnis in dubio coram iudice pedaneo movebatur. Quod si quæratur de iudice delegato secundum opiniones Dd. qui ut ostensum supra *part.*1.*disp.* 3. non pauca communia habet cum mādatario iurisdictionis, multo minus dubitandum fuerit, quin hæc res delegari, & actio iudicati coram delegato tractari possit. Illa autem alia quæstio est, an delegatus sentētiam suam exequi possit, de *qua d.disp.*3. actum est.

Hic

Hic tractari possent & forte deberent, quæ ad effectum sententiæ pertinent, an & quatenus per sententiam fiat novatio, an per eam tollatur obligatio præcedens naturalis an civilis, sed de illo quidem agetur *infr. disp. 29. th. 5.* de hoc actum est *supr. disput. 9. th. 5. lit. F.*

Iudex à quo.] Hæc quæ sequuntur magis pertinent ad tractatũ de appellatione: sed ut obiter aliquid addamus, in priori probo contra *Cuiac. 20. obs. 36.* sententiam Tr. quam etiam probat & communem esse testatur *Geil. 1. obs. 113. n. 13. & 14.* quod etiãsi iudex appellationis confirmaverit sententiam iudicis à quo, tamen executio eius spectet non ad hunc, sed ad superiorem, ad quem appellatum fuit. Quæ opinio probatur non per *l. episcopale* 8. *iuncta auth. seq. C. d. episcop. audient.* ad quam recte respondit Cuiac. quod eo iure episcopi non iurisdictionem sed tantum audientiam habuerint: sed per *l. præcipimus* 32. §. *in his* 2. *C. d. appellat.* quam simpliciter loquentem divinatorie restringit Cuiac. ad casum quo appellatio iniusta pronuntiata fuit. Accedit hæc ratio, quod idem ius est superioris iudicis, sive improbetur, sive confirmetur, sive reformetur sententia prior: & quod per appellationem tota causa & totum negotium & super eo cognitio delata sunt & devoluta ad iudicem superiorem, ut iam amplius non sit iudicis inferioris negotio isti se immiscere. Non obstat quod per appellationem tantum dicitur suspẽdi sententia: vel quia etiam dicitur extingui *l. 1. § ult. ad Turpill.* vel quia illud non eo pertinet, ut ius exequendi revertatur ad iudicem inferiorem, sed ut quoad ius partium interim sentẽtia prior nihil operetur. Multo minus obstat, quod executio est iudicis inferioris, si appellatio fuerit nulla vel deserta: quoniam in his terminis causa & negotium ad superiorem delatum non est. Illud constat, cum non entis nullæ sint qualitates, appellatione facta ab eo qui ius exequendi non habebat, veluti iudice pedaneo, nullo etiam modo ad hanc exequendi facultatem redire posse: ut nihil necessum esset istud moneri à *Cuiac. d. lib. 20. obs. 36.*

In posteriori notandum est ei quod affirmat Treut. non obstante revisione sententiam mediante cautione executioni mandari, novissima constitutione derogatum esse & sancitum, petita revisione suspendi executionem: quamvis non pauci sententiam hanc etiam

etiam ante iam dictam constitutionem veriorem fuisse arbitrentur.

THESIS VI.

LIT. A.

Executio fit in rebus.] Ait executionem præcise fieri in rebus in condemnationem deductis. Cui sententiæ utique locus non est, nisi ubi species & corpus in condemnationem deducitur: quod an præcise recte fiat, tractatum est supra *part.*1. *disput.*28. *th.*2. Cæterum ubi in genere fit condemnatio quantitatis, istud locum habere non potest: cum præsertim mox subiiciat Tr. de ratione & forma executionis *ex l.*15. *d. re iudic.* & de capiendis pignoribus ex bonis condemnati, ut inde iudicato satisfiat. Quod autem addit hac lit. de exceptione & beneficio, ut loquuntur competentiæ, remittimus ad *disput.*26. *th.*4. *lit.*C.

LIT. B.

Post quadrimestre tempus.] De hoc tempore (ad quod male adducitur ex iure antiquo *l.*7. *h.t.*) diximus *th. præced. lit.* C. Illud autem pro certo habendum est, spatium istud iis tantum concedi, qui ad pecuniam solvendam, non vero qui ad speciem & corpus, quod penes ipsos est, restituendum sunt condemnati: cessat enim hic ratio, quæ expressa est à *Gell. libr.* 20. *cap.* 1. ut spatium haberent debitores condemnati ad pecuniam conquirendam, qua satisfacerent victori. Sed nec dubium est quod Treut. addit, spatium hoc statuto aut consuetudine mutari posse: quoniam est iuris mere positivi, & ut diximus *d. th. præced.* ex l. 12. tabb. 30. dierum, inde duorum mensium, & demum quatuor mensium effectum est. Cum hoc autem plane non cohæret quod subiicit Treut. in Camera duplici modo ad executionem procedi, & per executoriales, & per mandata executorialia: quæ ita distinguuntur *à Geil. obs.*113. quod executoriales decernantur à Camera, in causis quæ ad ipsam immediate spectent, ad exequendas sententias ab ipsa Camera latas: sed mãdata execu-

torialia dirigantur ad iudices, ad quos, ubi nulla vel deserta fuit appellatio, causa remittitur, ut sententiam priorem executioni mandari curent: neque dubitaverim his mandatis etiam locum esse, ubi quilibet inferior iudex, à quo etiam plane appellatum non fuit, executionem moratur: ut proinde non satis bene videatur dixisse Treut. quod in Camera hoc duplici modo ad executionem procedatur.

LIT. G.

An hic ordo exequendi mutari possit

Vt pignora primo.] Ordo hic traditur *in l. à divo 15. §. in venditione. h. t.* ut 1. mobilia. 2. immobilia in causa iudicati capiantur, 3. ad iura & nomina veniatur. Quæritur an hic ordo exequendi mutari possit: quod negat Treut. adiecta non obscure hac ratione, quod hic ordo introductus sit in favorem debitoris. Sed *Duar. in dict. leg. 15. in venditione* magis putat posse mutari ordinem & initium fieri à distractione immobilium: & quod hic ordo non respiciat favorem debitoris, duplici ratione comprobat, 1. quod facilior sit executio in rebus mobilibus, & harum facilior distractio: ut inde colligere liceat spectari potius favorem actoris: facit *dict. lex 15. §. item quid 14. in fin. h. t* ubi dicitur fieri debere, quod facilius est ad rem exequendam. Altera ratio est, quod cum utilius sit debitori, nomina potius in solutum capi, tamen *in dict. leg. 15.* prius immobilia distrahantur. Accedit bonus textus ex *l. magis puto 5. §. non passim 9. d. reb. eor. qui sub tutel.* ex qua si urgeat æs alienum nomina potius in solutum dari debent, quam immobilia minoris distrahi. Et rationem diversitatis *ad dict. leg. 5. & l. 15. h. t.* tradunt *Bart. in dict. l. 15. §. in venditione numer. 1. Cyn. in authent. hoc ius porrectum numer. 4. Cod. de SS. Eccles. & Salicet. ibid. numer. 1.* quod *in dict. leg. 15.* agatur de executione sententiæ, quæ statim & sine mora fieri debet: & nominatim Salicet. ibi tradit, difficiliorem esse executionē in nominibus, quod debitor, exceptiones, quas actioni opponat, habere possit. Quæ sane ratio fortiter contra Treut. concludere, & probare videtur, ab immobilibus, si prius se offerat emptor, initium fieri posse: & simul ex his apparet, quod magis

Duar.

Duar. faveant interpretes vulgo, quos nemine laudato citat pro se Treut.

LIT. D.

Ad quantitatem quæ debetur.] Latitante debitore iure veteri in omnia bona missionem factam constat: quod hodie mutatum creditur communi: er, de quo dicemus disp. seq. Sed ubi de executione sententiæ quæritur, pro quantitate debiti bona esse addicenda, probatur tum ex *Nov. 4. cap. 3.* tum *ex d. l. 15. h. t.* & suadet manifesta ratio, quod cum semel executione facta nullus regressus sit debitori, iniquum sit plus consequi creditorem, quam ipsi debeatur: nihil autem huc pertinet, quod aliquando ex causa iudicati missio fit in universitatem bonorum de quo actum supra disp. 1. Neque hinc dissentit *Alciat. 6. paradox. 3.* sed pertinet illius disputatio ad locum paulo obscuriorem *in l. 15. §. 3. h. t.* quem Bartol. ita explicat: si pignus iudiciale simpliciter à iudice in solutum datum sit, videri datum pro toto debito. Verum hoc modo sive pignus sit pluris sive minoris, illic debitori, hic creditori iniuria inferatur. Veram illius loci explicationem tradere videtur *Forcat. dial. 13.* primo, quod addicantur, ea quantitate quæ debetur, ut quod plus est reddat creditor, quod minus est, petere adhuc possit: quod & placet *Duar. 1. disput. 6.* secundo, si creditor æstimatis pignoribus, ut fieri solet, ubi venalia exponuntur, ipse ea potius in solutum habere velit, ipsi morem gerendum, nec ultra quid ipsi solvendum esse: quia ipse tanti æstimasse pignora, & ut ait ICtus transegisse videtur: & est exemplum simile in eo qui fuit rogatus, legata ipsi certa pecuniæ summa, fundum alteri restituere *leg. Imperator 70. §. 1. in fin. d. leg. 2.* Adde etiam *Walther. 2. misc. 19. Robert. 1. sententiar. vigesima secunda.*

Hìs non sufficientibus.] Si non sufficiant bona debitoris, personam eius capi ait Treut. Quod intelligendum erit iuxta textum cit. *in leg. 1. Codic. d. his qui bon. ced.* si bonis cedere noluit: & tum ex eo ipso loco apparet, male à Treut. hoc indefini-

te affirmari: quia licet bona non sufficiant, tamen persona non capitur, si bonis cedere sit parata: nemo autem non bonis cedere, quam in carcerem ire malit: ex quo præsertim nisi soluto debito, liberatio non sit speranda. Quin si debitor in carcerem sit detrusus, oblata cessione bonorum, iure nostro liberandus erit.

AD

AD DISPVT. XXIV.

De

BENEFICIIS, QVIBVS CREDITORIBVS CONTRA DEBITORES succurritur.

Respondente

M. LVDOVICO BERSIG HEILBRORNENSI.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

INITIO hæc tria leviter notanda occurrunt, 1. quod particula, quoq; in thesi posita infert continuationem ad disput. præced. quæ tamen parum videtur esse subtilis & elegans, quoniam utcunque quis contumax non sit, proceditur tamen ad executionem iudicati. 2. quod initio proponit de modis procedendi contra reum contumacem, siquidem inscriptio, & ipsa quoque tractatio latius patet. 3. quod in princ. hac lit. modi tres procedendi, bannum, missio in possessionem & progressus in causa principali repetuntur ex ordinatione Cameræ: cum tamen duo posteriora sint iuris civilis, ex quo potius & prius hæc tractanda erant. Accedit & 4. quod ait inter modos procedendi referri etiam missionem in possessionem bonorum, quod tamen remedium iam ante, proposuerat. Il-

lud etiam contra inscriptionem obiici possit, quod th. 4. agitur de beneficio cessionis ex L. Iul. quod debitoribus concessum est: nisi dixeris id obiter tantum & incidenter factum esse propter cohærentiam th. præced. Illud etiam quærere quis possit, quamobrem Treut. non proposuerit tria remedia iuris civilis, quæ suppeditãtur ab Impp. *in l. consentaneum* 8. *C. quomod. & quando iudex* videlicet, 1. ut absens citatus respondere cogatur: quod Salicet. & alij Dd. ibid. ita explicant, ut reus in iudicium ducatur, & ita, ut loquuntur, realiter citetur: quamvis id malim de coactione obliqua, veluti mulctæ dictione, accipere. Deinde ut fiat missio in possessionem, 3. ut cognita causa, definitive iudex pronuntiet. Breviter autem hic præmittendum est, quibus casibus & quando ex posterioribus duobus remediis alterutri sit locus. Et quidem missio in possessionem alia est in actione reali, alia in personali, in hac fit missio vel in rem singularem, ut ex causa damni infecti: vel in universitatem bonorum: In illa fit missio in ipsam rem petitam. Rursus missio consideratur vel in specie vel in genere: & hoc modo triplicem habet effectum. 1. ut nuda transferatur detentio & ita reus intra annum reversus recipiat possessionem: quomodo accipiunt *Dd. leg.* 8. §. 3. *Cod. d. præscript. 30. annor.* quamvis ille locus de possessione vera, licet non pleno iure acquisita accipi possit, iuxta notata supra *disput.* 18. *th.* 6. *lit.* C. 2. ut ita transferatur possessio, ut reus reversus possessionem non recipiat, sed tantum habeat salvum petitorium *dict. leg.* 8. *quomod. & quand. iudex*, ubi dicitur ita bona transferri in actorem, ut adversarius petitor constituatur: & *in leg.* 2. *in fin. Cod. ubi in rem actio.* ubi dicitur ita fieri missionem, ut absenti servetur allegatio de quæstione principali. Et non dissimiliter reo non satisdante possessio in petitorem transferebatur. *leg.* 5. §. 1. *ut leg. nom. cau. leg.* 2. §. *fin. d. collat. v. Cuia. ad* 1. *sent. Paul.* 11. *Donell. ad l. un. Cod. uti poßid.* quod & in pænam mendacij fiebat. *leg. ult. d. rei vind.* Et istam translationem possessionis, recte à missione possessionis distinguit *Scip. Gent.* 1. *d. iurisdict.* 25. Sed illud non recte, quod illam tantum ob mendacium & non præstitam cautionem locum habere ait, & *dict. leg.* 8. de missione in possessionem ex secundo decreto, accipit: etenim hæc proprie nec missio est, & ex ipsa *l.* 8. apparet, nullum ibi aliud præcessisse decretum: neq; mirum videri debet,

bet, quod in actione reali etiam propter contumaciam se non sistentis possessio ipsa in actorem transfertur, nō missio in possessionem omnium bonorū decernitur, licet hoc fieri posse doceat *l.* 7. §. 16. *quib. ex caus. in poss. add. not. th. seq. lit.* E. 3. ut plenum ius transferatur in actorem, nullo regressu superstite cōtra petitorem, ut in specie *l.* 13. §. *sin autem reus* 3. C. *d. iud.* ubi hanc quoq; missionem in possessioné appellat Iust. generali, ut dixi, acceptione: cū alias huic missioni ita sumptæ, quę nihil aliud est nisi executio sententię, missio in specie dicta opponatur, quæ non tribuit nisi possessionem, & hanc vel statim sine cognitione causæ, vel instituto iudicio possessorio restituendam: illud si reus intra, hoc si post annum se sistat, ut quidem constituit Iust. *ind. l.* 8. §. 3. C. *d. præscript.* 30. *annor.* nam antea simpliciter reo contumaci et absente reservato saltem huic petitorio, possessio in actorem translata videtur per *dict. l.* 8. C. *quomod. & quando iudex & d. l.* 2. *in fi.* C. *ubi in rem actio*, (de cuius explicatione *v. thes.* 2. *lit.* E.) & notatum *supr. d. disp.* 18. Sed Dd. tamen, ut ista inter se componant, communiter in iam citatis textibus ita distinguunt: quod hęc tria iam dicta cōtingant diversis casibus: & posterius per sentētiam definitivā, ubi iudex prævia cognitione de meritis causæ pronuntiavit: quod est tertium remedium, propositum *ind. l. consentaneum iuncta d. l.* 13. §. 3. C. *d. iud.* Neque hic obstat quod absente reo non videatur re vera cognosci posse de meritis causæ, propter exceptiones, quę reo cōpetere possunt. Etenim respondetur, quod istud admittatur propter præsumptionem, quę militat cōtra reum contumacem, ita ut fides tribuatur probationib. & intentioni actoris, quā iudici ostensam esse sufficiat, & reus exceptiones nullas aut frivolas habere credatur. Priora autem duo fiunt per sententiā interloquutoriam, & duobus itidem diversis casibus quorū primus est litis nondum contestatæ, de quo explicatur *l.* 8. §. 3. C. *d. proscript.* 30. *annor.* alter litis cōtestatæ, vel ut gravius coerceatur reus qui lite contestata defecit, vel ut plus consequatur actor qui per litem contestatam ius aliquod sibi quæsivisse videtur: de quo casu accipiunt *dict. leg.* 8. C. *quomod. & quand. iudex*: vel quod lite non contestata non possit ferri eiusmodi sententia, vel quod alias *in dict. leg.* 8. non esset bona coniunctio transferendæ possessionis & progressus in causa, nisi utrumque remedium ad casum litis contestatæ pertineret: de illo enim non dubitant Dd. quin lite non contestata tertio

remedio progressus in causa locus esse non possit *text. expr. in cap. prout. 4. d. dol. & contum.* ubi Pontifex ideo admittit duplex remedium progressum in causa, & translationem veræ possessionis, quia lis iam erat contestata. Equidem non negaverim, etiam hanc sententiam, qua possessio plena in actorem transfertur, definitivam appellari posse, eo quod possessorium definit: sed recte etiam & suo modo interloquutoriam appellari posse existimo, tum comparatione tertii remedii, per quod negotium plane & omnino deciditur, tum habita ratione instituti ab actore iudicii *in dict. leg.* 8. quod videlicet petitorium fuit. Atque hæc iam ex Dd. relata, ut regulariter ita se habeant, attamen existimare licet, quod etiam in casu litis non contestatæ iudex ex officio non tantum ita possit transferre possessionem, ut petitorium tantum absenti maneat salvum, sed etiam lite pro contestata habita & cognitis meritis causæ, super toto negotio pronuntiare possit *argument. Nov.* 112. *cap.* 3. §. 2. & 3. ubi in casu absentis actoris post simplicem libelli oblationem de causa cognosci & definitive pronuntiari posse, permittit & definit Iustin. Id tamen irregulariter, quia lite non contestata nec dum res est in iudicium deducta *l. un. C. d. lit. cont. fac. l.* 13. *C. d. iudic.* quæ inter casum litis contestatæ, aut non, distinguit: concordat *ius Can. t. t. ut lit. non cont.* Idque ex iure veteri manifestam habet rationem, quo prætor iudices dabat: sed hodie forte nihil absurdi fuerit ex causa litem pro contestata haberi & sententiam ferri. Hoc autem addendum est ad explicationem *d. l.* 8. *C. quomodo & quando iudex*, quod loquatur de actore præsente, & reo contumace, quippe ex quo translata possessione actorem fieri affirmatur: ideoque verbum, *defensionibus*, explicandum est, pro, intentionibus, assertionibus, probationibus: quomodo hoc etiam explicat *Gloss. & Salicet. ibid.* ubi aliis similibus locis explicationem istam confirmant. Sed *d. Nov.* 112. *cap.* 3. loquitur de actore absente, & in eo tamen etiam casu vult & concedit Iust. ut iudex cognitis meriti causæ definitive pronuntiet: quoniam sicut reo absente actoris probationibus creditur, & nullæ vel iniustæ rei exceptiones esse præsumuntur: ita absente actore fides habetur rei defensionib. & exceptionibus, & replicationes actoris nullæ & iniustæ esse creduntur: cæteroquin ab instantia & observatione iudicii absolvetur reus, & non nisi refusis omnibus impensis actor audietur iuxta *d. l.* 8. §. 3. *C. d. præscr.* 30. *annor. iuncto c.* 1. *d. dol. & contum. in* 6.

Sed

Sed ut ad Tr. redeamus proponit ex ordinatione Cameræ tria remedia, bannum, missionem in possessionem & progressum in principali usque ad definitivam: & simul hoc ipsum quærit, an uno ex his remediis electo ad aliud regressꝰ detur, & variatio permittatur. Cuius quæstionis decisio ex eo pẽdere videtur, an ista remedia, petitio immissionis, & banni cumulari possint. Quo quidem admisso, nulla in quæstione priori ratio dubitandi esset futura. Quod si enim quis etiam post impetratum bannum ad immissionẽ agere possit, vel vice versa, multo magis remedio uno deserto vel repudiato aliud eligere permissum erit. Porro licet missio in possessionem civile, bannum autem quodammodo criminale remedium sit, civilis autem actio non consumat criminalem, nec hæc illam: attamen speciale hic esse videtur, quod omnia illa tria remedia pænam contumaciæ respiciunt, & ad idem tendũt, ut proinde hic cumulationi locus esse non videatur: eo enim tendũt remedia hæc, ut reus compareat, vel causa, perinde ac si adesset, tractetur: quo etiam bannũ respicit, quod reo comparente dissolvitur. Nam & ita obtinet, ut iudicium criminale per civile, si ad idem tendat, consumatur, velut accidit in actione iniuriarũ civili, quę etiam ad vindictam est, iuxta *l. 7. §. 1. d. iniur.* Et hanc sententiam veram esse, colligere licet ex ipso Geil. qui alias insubtiliter dubitaret, an variatio sit permissa. Hoc autem posito, quod hæc remedia cumulari non possint verior videtur contra Geil. sententia Treut. quod uno remedio electo ad aliud creditor progredi non possit: quoniam hoc regulare est, ut quoties ex pluribus actionib. ad idem tendentibus, una aliam consumit, illa consumptio contingat per electionem, nec adeo variationi, quæ alias odiosa est, sit locus: quod & tradit *Sichard. in l. consentaneum 8. C. quomod. & quand. iudex*, & probatur ex *l. cuius bonis 9. in princ. d. curator. furios. l. statu liberum 11. in fin. d. legat. 2. l. 9. §. 1. d. tribut. action.* Nec quicquam obstat ratio Geil. petita à natura actionis civilis & criminalis: vel quia hæ regulariter ita concurrunt, ut una alteram non consumat, vel potius quia bannum hic eo tantũ tendit, ut debitor citatus compareat. Plane quatenus cõtumacia eiusmodi tendit ad contemptum iurisdictionis Cameralis, eius rei persequutio procul dubio integra manet: sed hoc nihil ad actorem aut creditorem. Quin & amplius concesserim, si nihil banno proficiatur, posse tum causa cognita missionem in possessionem decerni, &

hactenus Gail. sententiam posse probari: arg. *l. ult. in fin. ut lite non cont.* ubi Pontifex uno ex duobus remediis ibi praepositis, iudicem initio iubet esse contentum, permittens tamen, ut ad alterum procedat, si hoc meruerit protervitas contumacis.

LIT. B.

Contra contumacem.] Contumacia, hic ut ex Dd. notat *Zas. in l. contumacia 53. d. re iudic. num. 6.* consistit in non faciendo: eiusque ex *Gloss. in d. l. 35.* quinq; species proponit. 1. eius quae est in non veniendo *d. l. 53. §. 1.* 2. in non restituendo *l. qui restituere 68. d. rei vend.* 3. in non respondendo *l. de aetate 11. §. qui tacuit 4. d. interrogat. in iure faciend.* 4. in non remanendo, id est sine venia iudicis recedendo *cap. prout, extra d. dol. & contumac.* 5. in non exhibendo *l. ult. §. 1. d. appellat.* Potest & ita distingui contumacia, quod alia committatur ante litem contestatam, alia post litem contestatam, quaedam etiã post sententiam: cuiusmodi species est *in l. un. si quis ius dicenti non obtemperav.* Hic autem agitur de contumacia quae consistit in nõ veniendo, & ea praecipue quae committitur ante litem contestatam: & hanc rursus quae est in non veniendo, tribus modis contingere, docet *Gloss. in dict. leg.* 53. si quis recepta peremptoria citatione non veniat: si quis, ne citatio ad ipsum pervenire possit malitiose procuret: & si quis malitiose occultet se: ad quã speciem pertinet, quod hic tractat Tr. de eo qui creditoris occursum evitat, aut se circa columnas vel stationes occultat, ex *l. eum qui 36. d. rebus autor. iudic. l. Fulcinius. 7. §. illud sciendum 13. quibus ex caus. in possession. eatur*, quibus sane locis non erat cur *Cuiacius 1. observat. 13. & 2. obs. 40.* pro, *stationes*, substitueret, *statuas*: quoniam in foro Romano etiam stationes & tales, post quas occultatio fieri posset, fuisse constat, & probatur *ab Hottom. 2. amicab. respons. 13. Revard. 4. varior. 7. Gothofred. ad dict. leg. 7. §. 13.* ubi tamen quod ab *Alciato 4. parerg. ult.* in paulo ante citat. textib. verbum, *stationes*, in statuas mutari dicit, ibi nõ reperio, sed tantum explicationem *dict. leg. 36. d. bon. autor. iudic. poss. add. Brisson. 2. select. antiq. 12.*

Ait autem hac lit. Tr. contumacem esse non tantum, qui tribus edictis evocatus praesentiam sui non facit, sed etiam eum, qui in eod.

eod.foro creditoris occursum evitat,aut se occultat. Ex qua oppositione sequi videtur,quod sufficiat occultatio sola, citta citationē per tria edicta:quoniam constat ex *d.l.36.d.bon.autor.iud. &c. d.l.7. & t.t.quib.ex caus.in possess eatur* contra ita latitantem & sese occultantem ad primum & secundum decretum procedi posse. Et hoc tamen,ut sola occultatio sufficiat, tum rationi adversari videtur, tum communi Dd.opinioni,qui ad hunc effectum, ut missio in bona decernatur,tertiam citationem requirunt, adeo quidem ut unam,etiamsi peremptoria sit,sufficere negent:ita in terminis *Bald. in authent.& qui iurat. Cod. d. bon. autor. iudic. possid. colum. 5.numer.19. Zas.in l.contumacia 53.d.re iudic.numer.9.* Et tamen Bald.ibid. nonnullos adducit,qui,ut primo decreto locus sit,cum hoc modici videatur præiudicij,unam citationem sufficere existimant. Cæterum *Cyn.in l.cum proponas C.d.bon.auth.iudic. quæst.9.numer.9.* distinguit, an quis dixerit se nolle comparere,quo casu sufficiat unica citatio, alias requiri citationem tertiam ,aut peremptoriam unam pro tribus.Verum hic præcipue tractatur de casu latitantis debitoris, ita ut in faciem citari non possit,& proinde citatio per edictum necessaria sit:& sufficere unicum peremptorium pro tribus,adeoque falsum esse,quod præcise tres citationes requirentur,ut Zas.putat, probatur ex *d.l.53.§.1. d.re iudic.* Ias.*l.ult.§.sed si hoc 4.C. d. his qui ad Eccles.* Poterit ergo ita salvari Tr.si dicamus,casus illos duos ita inter se opponi,non quod in posteriori nulla opus sit citatione,sed quod non sit opus citatione triplici distinctim facta:quamvis hanc explicationem illud respuat,quod cum Tr.ad priorem casum citet *l. 53. d.re iudic.* ibi tamen etiam uno edicto peremptorio evocatus, contumax esse perhibetur. Vt autem sola occultatio citra citationem sufficiat,ut missio ex primo decreto fiat,ratio non admittit.

LIT. C.

Quæ imperij est mixti.] An mittere in possessionem, iurisdictionis sit,an imperij mixti, explicatum est *supra par.1.disp.3.* Et ex hoc tamen admisso,male infertur,quod nō competat magistratib.municipalibus:quoniam ut ipse Tr.tradit *d.disp.3.* etiam hi magistratus imperium mixtum habent,licet non omnibus partibus &gradibus plenū. Et consequentia igitur hæc vitiosa,cæteroquin ipsa assertio

vera

vera est, per *l. ea quæ 26. ad municipalem*, ideoque errant, quos refert *Cyn. in dict. leg. cum proponas C. d. bon. author. iudic. numer.* 7. qui putabant, à magistratibus municipalibus actorem in possessionem bonorum mitti potuisse, si petita fuisset in causa, super qua ipsi cognoscebant: sed eos recte improbat Cyn. etiã hac ratione, quod missio in possessionem non mercenario sed nobili officio iudicis fiat: neq; dubium est, ex hac causa olim ad præsidem vel proconsulem eundum fuisse. Excipienda tamen est à propositione Tr. causa damni infecti *l. 1. d. damn. infect.* quod scilicet hæc celeritatem desideraret: quamuis d. text. non obstante, defendi potest uniuersalitas propositionis Treut. hoc sensu, quod non habeant facultatem istam iure suo, sed ex generali concessione & delegatione prætoris, iuxta *d. l. 1. d. damn. infect.* secundum quam *Wesembec. in paratit. num. 5. quibus ex causis in possessionem eatur*, quoniam ad eam solam se refert, accipiendus est.

Ait porro nec delegatis ius mittendi in possessionem cõpetere. Et aut intelligit iudices pedaneos, & procul dubio verum dicit: aut quibus est mandata iurisdictio: de quibus rursus duplex est quæstio: an possit mandari in specie hoc ius, quod recte affirmat Tr. & an generali mandato iurisdictonis contineatur. Quod intrepide affirmandum censeo: quoniam mandatarius, V. C. prætoris, huius vice & omnibus eius partibus in expedienda iurisdictione fungitur: & suadet hanc sententiam ratio, quoniam cũ iurisdictio propter absentiam aut occupationes mandari soleat, nemo alias esset, per quem creditoribus consuleretur. Neque obstat, quod Tr. missionem in possessionem mixti imperij esse ait: vel quia hoc dubiũ est, quia iurisdictioni mixtum imperium inest: quamvis non negaverim, iuxta sententiam Dd. duplex esse imperium mixtum, aliud quod per se subsistit, de quo etiam actum *d. disp. 1. part. 3*. Non obstat etiam *Nov. 112. cap. 3 in princ. vers. iubemus*, ubi Iustin. ius citandi per edictum cuiusmodi citatione hic opus est, videtur tantum permittere magistratibus ordinariis & delegatis à principe. Etenim intelligendum est, eos tantum excludi, qui à magistratu ordinario non iurisdictionem mandatam acceperunt, sed tantum ius cognoscendi ad instar iudicum pedaneorum: in quibus terminis ipse qui eos dedit magistratus, per edictum citabit: sed de his plenius *d. disput. 3. part. 1.* tractatum est.

LIT.

Lit. D.

De primo & ſecundo decreto diſtinctius in ſeqq. agetur. Ait autem Tr. nullum poſſe interponi ſine cauſæ cognitione. Quæ tractatio non aliena eſt ab illa, an decretum primum poſſit etiam peti & interponi à iudice non ſedente pro tribunali: etenim quę huius generis ſunt, cauſæ cognitionem non deſiderant. Movet hanc quæſtionem *Cyn. in l. cum proponas C. d. bon. author. iudic. num.* 8. & remittit ſe ad Dinum de quo atteſtatur *Bald. in auth & qui iurat C. eod. tit. num.* 18. eum exiſtimaſſe, quod recte petatur iudice nō ſedente pro tribunali: quod tamen rectius reprobat Bald. ibid. & removet rationem Dini, quoniam miſſio ex primo decreto nullum conferat ius: quod imo conferat ius pignoris , cuius non pauci nec exigui ſunt effectus. Et ſane, licet abſque hoc eſſet, tamen rationi iuris noſtri convenit, ut decretum pro tribunali interponatur. Illa tamen cauſæ cognitio, quam requirit Tr. non erit accurata aut exacta, ſed ſimplex & de facto, an debitor & ex qua cauſa abſens, legitime fuerit citatus: quo facto protinus decretum primum interponatur: de quo genere examinis recte accipitur *Nov* 53. *cap.* 4. §. 1. cæteri autem textus nihil ad rem faciunt , & inſcriptio *l. ult. ad Trebell. & l. ult. d. iur. patron.* pertinere mihi videntur ad ſententias definitivas Impp. qui non raro ius dicebant, & ipſi decernebant: quo pertinet §. *ſed & quod principi Inſt. d. iur. natur.* ibi, *vel cognoſcens decrevit*: quamvis etiam omnia decreta non ſint eiuſdem naturæ & conditionis. Hic autem *Cuiac.* 11. *obſ.* 31. hanc rationem obiicit, quod totum hoc, ut contra latitantem immiſſio fiat, ſit ex ordine & edicto: ideoque non tantum negat opus eſſe cauſæ cognitione, ſed etiam decreto. Enimvero hæc opinio Cuiac. everti videtur notiſſima illa diſtinctione primi & ſecundi decreti: & ratio Cuiacij , quod totum hoc fiat ex ordine, aut non concludit, aut homonymia laborat. Equidem in ſucceſſione ex iure prætorio, iuxta ordinem ſuorum , agnatorum, cognatorum, nec cauſæ cognitione nec decreto opus erat: ſed, niſi ego valde fallor, vitioſe iſtud huc accommodatur : quoniā hic tractatur de non levi præiudicio debitoris, & utiq; abſentiam, & contumaciam probari, & citationem intervenire oportet , ut hæc res ſine cauſæ aliqua cognitione tranſigi non poſſe videatur , *fac. l. 3. vt*

in poss. legati. quamvis aliquando etiam citra contumaciam sit locus missioni ex primo decreto, velut, si debitor sit furiosus, pupillus, aut etiam citra vitium diuturno tempore absens, & non defendatur. Illud etiam obiter hic notandum, paulo insubtilius dici, quod missio fiat in possessionem bonorum ex primo & secundo decreto, *in th. lit. D.* vel quia secundum decretum longe plus tribuit, vel quia ubi in universitatem bonorum missio facta est, secundum decretum super vendendis bonis interponitur: *add. Scip. Gent. 1. d. iurisdict. 24.*

Sunt etiam aliæ.] Hæ duæ species nihil huc pertinent neque enim missio hic fit, aut contra latitantem, aut omnino contra absentem: sed omnino ex diversis causis, nec quicquam his simile, nisi quod possessio quæ ventri datur, tantum tribuit custodiam, de quo supra *Disp. 15. th. 5. lit. G.* plus autem confert Carboniana, quæ aliquando etiam ius perpetuum secum trahit, ut notatum *d. loc. lit. E.*

THESIS II.

LIT. A.

Incipit hic agere de primo decreto, ex quo fit missio rei servādæ causa: & hoc vel in rem singularem, velut in causa damni infecti, & in actione reali: vel in universitatem bonorum, ut interim custodiam habeāt creditores, & debitor tædio affectus, veniat responsurus. Notandum autem, quod hæc missio non tantum fit ante litem contestatam, sed etiam post sententiam: quia non tantum captis pignoribus iudicialibus recta executioni mandatur sententia, sed etiam aliquando missio fit in universitatem servandi iudicati causa *l. 2 C. qui potiores in pignor.* & hoc fortassis propter actionem iudicati quæ datur victori. Notandum & hoc, quoad actionem in rem ex ratione iuris veteris distinguendū esse, quod vel simpliciter abest, contra quem actionem quis vult movere, & tantum fit missio in ipsam rem controversam: aut fraudulenter abest & latitat, & missio fit etiam in universa bona *leg. 7. §. item. 16. cum §. seq. quib. ex caus. in poss.* quod tamen videri potest mutatum esse iure novo, ut scilicet eo simpliciter in rem ipsam petitor mittatur, *argument. leg. 2. Cod. ubi in rem actio leg. 8. §. 3. C. d. præscript. 30. annor.*

Sive

Sive sub conditione.] Etiam quibus sub conditione debetur, in bonorum possessionem mitti ait Treut. *per l. 6. & 11. quib. ex caus. in possess. eat.* Sed obstat *l. pen. in fin. eod. tit.* ubi creditor conditionalis negatur mitti in possessionem bonorum, quia non possit bona ex edicto vendere. Conciliatio prima est, non mitti creditorem conditionalem, hactenus, ut ei non admisso non detur actio, quanti ea res est, quæ tamen datur ei cui sub conditione legatum est: ut adeo ICtus d.loc. voluerit ostēdere differentiam, inter legatarium, de quo agitur *in d.l.pen.* §.1. & alium creditorem conditionalem: qui adeo mittitur quidem si initium spectas, at non si effectum, quod scilicet ei necdum pecunia debeatur, nec cautio, quæ debetur legatario conditionali. Et ita fere *Cuiac.* 10. *obs.* 32. à quo non longe abire videtur *Ant. Fab.* 15. *coniectur.* 6. ubi ait non debere quidem mitti creditorem conditionalem, solere tamen & posse mitti, si nemo intercedat. Aliter *Donell.* 23. *comment.* 11. creditorem conditionalem non mitti ait, si solus sit, sed mitti cum aliis, quippe quod ita hoc fiat citra ullum incommodum aut iniuriam debitoris. Huic ex diametro contrarius *Petrus Fab. ad l. cuius effectus* 148. *d. reg. iur. nu.* 1. imo vero inquit, si non sit solus mitti non debet, cum conditione existente nihilominus ei sit prospectum, quoniam missio nō tantum iis qui missi sunt, sed aliis etiam creditoribus prodest: sed si solus sit & latitat debitor, mitti debet, ut in casum existentis conditionis ei prospiciatur: atque ita Petr. Fab. considerat non tam incommodum debitoris, quam potius ius creditoris. Alia conciliatio est, quod cum plures fuerint huius edicti partes, ex ea quidem quę bonorum venditionem permittebat, nō fuisse missos creditores conditionales, at bene rei custodiendæ & servandæ gratia. Cum quo fere convenit *Cuiac. ad l.* 50. *d. pecul. lib.* 9. *quæst. Papin.* ubi ait interim quidem mitti creditores conditionales, sed non ad hunc effectum ut bona ab iis vendantur. Cui distinctioni, quam etiam refert inter alias *Accurs. ad l. 6. h. t.* illud obest, quod *ICtus in d. l. pen. in fin.* hanc reddit rationem, cur nō mittatur creditor conditionalis, quoniā bona vendere nō possit: ut inde colligi posse videatur, eū tractare de primo decreto, post quod debitore porro morante, ad decretū secundum & venditionem bonorum perveniri solet. Et igitur verior videtur primo loco ex *Cuiac.* 10. *obs.* 32. relata conciliatio, quæ ibidem exstat apud *Accurs. in d. l. 6. h. t.* ubi distinguit inter legatariū & alium

creditorem conditionalem: licet enim huius cōditio hactenus potior sit, quod etiam pendente conditione eo defuncto obligatio transit in heredes § *pen. Inst. d. inutil. stipul.* quod in legatis conditionalibus secus esse constat *l. 4. quand. dies legat. ced.* unde ICtus *in l. is cui 42. d. O. & A.* hunc negat esse creditorem pendente conditione, illum autem esse affirmat: attamen ex adverso legatarii conditionalis hactenus ius potius est, quod huic non autem alii creditori cavendum est: qua de causa *Accurs. in d. l. 6.* distinguit, an creditor conditionalis intendat solutionem, an vero tantum cautionem, quo posteriori casu tantum in possessionem missio decerni possit.

Sic legatarij.] Hi etiam creditores sunt, sed hoc speciale habent, quod iis de solutione cavendum est: ut proinde Tr. non satis recte hoc de legatariis, quibus cavetur, pro exēplo posuisse videatur generalis propositionis de creditoribus cōditionalibus. Apparet autem hinc esse fallaciam homonymiæ, dum Tr. ait mitti legatarios, si modo certum sit legatū deberi: hoc enim suo sensu in legato conditionali falsum est: sed Tr. intelligit, ut certum esse debeat, legatū esse relictum: quoniam si de viribus testamēti disputetur, aut nondum adita dicatur hereditas, missio in possessionem non decernetur legatariis, sed bene aliis creditoribus, quibus in omnem eventum est satisfaciendum, ad quem casum pertinet *l. 8. quib. ex caus. in possess. eatur.* Recte autem Tr. videtur probare Cuia. qui *4. obs. 33. in l. 1. § 3. ut in possessionem legatorum* expungendam censet particulam, *solutum*: quæ sane turbat textum, & hoc absurdi habet, quod non sit petiturus satisdationem, cui iam legatum solutum est: neque enim probari potest explicatio Accurs. de legatario petente cautionem, ne forte legatum revocet heres, aut solutum condicat. Rectius etiam ut ibid. Cuiac. monet *in pr. d. §. pro, ei cui,* legemus, *si cui.*

Item si hereditas petitur.] Hoc ostendit exemplo missionis *ex l. ult. C. d. edict. Hadriani tollend.* verum ex eo non fit missio propter contumaciam sive ullam absentiam rei, qui nullus citandus est, sed simpliciter heredi exhibenti testamentum nō cancellatum, decernitur possessio corporum hereditariorum: adeoque remedium illud, habet instar interdicti, sub qua materia etiam hoc remedium tractat Tr. *disput. seq. th. 1. lit. L.* Et igitur lōge plus tribuit remedium istud, quam missio in possessionem ex primo decreto, & omnino ipsam possessionem veram & plenam: eoque magis contra *Tr. & Vaud.*

*Vaud.1.variar.quaest.*33. probo sententiam *Accurs.in d.l.ult.C.d.edict. Hadr.toll.* quod ex illo remedio possessio tantum corporum tribuatur, quod & ipsa legis verba evincunt. Et falsum itaq; est, quod ait *Vaud.d.quaest.*33. missionem fieri in totam hereditatem, quia minime ius successionis per illud remedium tribuitur: ad quod obtinēdum, intentanda est petitio hereditatis, vel bonorum possessio petenda: neque proinde absurdum est, ut putat Vaud. post illud intentatum remedium reliqua hereditatis manere vacantia.

LIT. B.

Olim universorum bonorum.] Missio olim fiebat in omnia bona, etiamsi quis V.C. ex mutuo debitum sibi persequeretur, ut patet *ex t.t. quib. ex caus. in possess.* quod adeo verum est, ut Cic. in orat pro Quint. hinc probet bona prorsus non fuisse possessa ex edicto, quia non in omnia missio facta fuisset. Sed non recte ad istud probandum adducitur *l.1.C.d.edict.Hadrian.toll.* in qua tractatur de herede universi iuris successore. Et quia igitur per missionem de qua hic agitur, nuda custodia & non nisi pignus prætorium constituitur, mirum non est, si etiam, ut hic tradit Tr. missio fiat non tantum in bona emphyteutica, sed etiam quæ debitori ab alio fuerunt oppignorata *l.5.§.7.ut in possess.legat.* siquidem receptum est, quod etiam pignus pignori dari possit: ut tamen soluto iure dantis solvatur ius accipientis *l.31.d.pignor.* Et hinc recte à Tr. excipiuntur bona deposita & cōmodata *d.l.5.§.10.* recte etiam fortassis bona feudalia, vel quia sine consensu domini pignori dari non possunt, vel quia regulariter in ea tantum bona fit missio ex primo decreto, super quibus vendendis etiam decretum secundum interponi potest, *arg.l.pen.in fin.quib.ex caus.in possess.* Attamen cum necessarium & essentiale non sit, ut secundum decretum sequatur, & feudum non sit extra commercium, sed consensu utique domini vendi possit, fortassis non absurde defendatur, missione in omnia bona facta iuxta rationem iuris veteris, de quo mox, etiam feudalia bona contineri, salva natura & qualitate sua, salvo etiam iure qua domini qua agnatorum. Et revera alia quæstio est, quam proponit citatus *Geil.* 1.*obs.* 117. an in feudo pignus iudiciale constitui, & illud in causam iudicati capi possit, quod difficilius est. Et adeo videri queat parum subti-

liter à Geil. responsum, capi posse, ut creditor ex eo fructus percipiat. Etenim pignoris iudicialis, quod in causa iudicati, huius exequendi gratia capitur, ea natura est, ut vendatur, aut creditori addicatur *l. 15. d. re iudic.* quod secus plane est in pignore prætorio, quod per missionem ex decreto primo constituitur. Et tamen utcunq; sit, dubium videtur quod ait Geil. missionem fieri in bona feudalia, ut ex iis creditor percipiat fructus: quoniam recepta & communior est feudistarum opinio, nec fructuum oppignorationem valere ex cōventione, si oppignoretur ius percipiendi fructus, id est, ut creditor perpetuo, id est, quamdiu vivit vasallus habeat ius percipiendi: quoniam ita servitia vasallus domino præstare non posset: quod idem in hoc casu, creditore in possessionē feudi, ad effectum percipiendi fructus misso, contingeret neq; huic iuri, quod dominus quęsitū habet autoritate magistratus citra iniuriā poterit derogari.

Hodie vero.] Ita quidem habet communissima opinio, quod hodie missio non in universa bona, sed pro quantitate debiti fiat, *per Nov. 53. c. 4. §. 1.* pro qua opinione facit, ꝙ ibi Iust. examinato prius negotio vult decerni missionem: cuiusmodi examine olim opus non fuisse, sed simpliciter contra absentem missio decreta fuisse videtur. Attamen opinio *Cuiac. ad d. Nov. 53.* quam probat *Scip. Gentil. 1. d. iurisdict. cap. 24.* non videtur improbabilis, ut verba Iustin. secundum mensuram debiti referantur ad effectum & executionem primi decreti. Et solet alias Iustin. hoc palam profiteri, si quando abrogat ius vetus: & facit quod *in l. ult. C. d. his qui ad Eccles. confug. §. sed si hoc 4.* similia pene verba legantur, *usque ad modum debiti*, quæ & ad primum & ad secundum decretum à Leone relata videntur. Neque obstat quod Iustin. alicuius examinis facit mentionem: quoniam hoc minime plenarium, sed tantum summarium est, cuiusmodi etiam olim, circa qualitatem absentiæ, imo etiam ipsius debiti, V. C. an purum esset an conditionale, an creditor exceptione removeri posset nec ne, intervenisse, dubitari non debet. Ab hoc autem, quod in universa bona fiat missio, excipit missionem ex edicto Carbon. & eam quæ ventri datur. Parum subtiliter: vel quia ut paulo ante dictum, hæ species ad istam tractationem non pertinent, & ex Carboniano non tam missio in possessionem, quam successio prætoria descendit: vel potius quia his duobus casibus omnia & universa bona in quæ missio fit, sunt ipsum debitum, bona nimirum

rum quæ defunctus reliquit, & quæ uxor gravidam se dicens fætui nascituro, & impubes relictus sibi tanquam successori deberi contendit. Posita autem communi opinione videtur mutatum esse, quod est *in l. cum unus 12. d. reb. aut. iud.* missionem unius creditoris etiam aliis prodesse: quam Angeli & communem esse opinionem fatetur *Zas. in d. l. 12. num. 11.* à qua tamen ipse recedit *num. 12.* & in missione duo esse ait, ipsum primum decretum, quod respicit universum patrimoniũ, & effectum, ut sit pro mensura debiti. Verum ita aut perspicue evertitur communis, & stabilitur Cuiacij sententia, qui etiam hodie mitti putat in omnia bona: aut ista Zasij opinio falsa est: quia cum utiq; is mitti dicatur secundum Dd. pro mensura debiti, qui non in universa bona, sed in res aliquas singulares mittitur, fieri nullo modo potest, ut hic quocunque modo aut per ipsum alij creditores in alia bona missi videantur: sed necessum est, ut sequentes creditores quisque seorsim pro mensura & quantitate debiti sui immissionem in certa bona à prætore petunt.

Iure Canon.] Hoc tanquam proprium iuri Canon. proponit, quod eo distinguatur actio realis à personali, ut in hac primum immissio fiat in mobilia, & porro in immobilia, & tandem in iura & actiones, *ex cap. ult. §. in aliis, extra ut lite non contest.* Enimvero quoad actiones personales, in quibus maxime hanc differentiam notare videtur Treut. ea sane vera est, si Cuiac. opinionem sequaris: sed posita communi opinione quam sequitur Treut. nulla hic differentia esse videtur: quoniam si pro mensura debiti ex primo decreto missio fieri debet, in res tantum aliquas, ad eum utique effectũ, ut in iisdem rebus postea fiat executio, consentaneum utique est, ut missio fiat ad eam formam quæ præscripta est in causa exequendi iudicati *in l. 15. d. re iud.* Et hinc defendi potest illa quam paulo ante in Geil. notavimus, diversarũ quęstionũ cõfusio, & eiusdẽ opinio, quod in feudalia nisi in subsidiũ, & quoad fruct⁹ missio nõ fiat. Cęterũ *in d. c. ult. ut lite non contestata* nulla actionũ, sed tantũ mobiliũ & immobilium fit mentio: & sane cũ missio ex primo decreto tantum custodiã interim tribuat, & reo cõparente resolvatur, non videtur speciali missioni ex primo decreto, in actiones, cõmode esse locus, sed tantum ex secundo decreto, ut exigãtur debitores, aut actiones creditori tanquam in solutum addicantur: nisi forte Tr. simplicẽ & eventualẽ actionũ assignationẽ intelligit. Quod aũt attinet reales

actio-

actiones, hactenus quoque convenit ius civile cum Canonico, ut in casu litis non contest. tę missio nudam tantū initio detentionē, sed post lapsum anni tribuat possessionem ex *l. 8. §. 3. C. d. præscript. 30. annor.* ut quidem habet communis opinio, quam Pontifex *in d. cap. ult.* secutus esse videtur, de quo actum est *supra th. 1. in princ. & disput. 18. th. 6. lit. D.*

LIT. C.

Etiam minoris.] Ait quod ex primo decreto creditores etiam in bona minoris mittantur, adiecta hac ratione, quod minor etiam sine curatore ex cōtractu obligetur. Equidem de hoc adhuc sub iudice lis est, & aliud statuit communis Dd. schola; de quo actum est *supr. part. 1. disp. 6.* Sed & admissa ista opinione, hoc pro ratione male adducitur, quia ex aliis etiam causis, quæ ex ipsius minoris sine curatore gestis contractibus, non descendunt, minor obligatus esse potest. Quid quod etiam in bona pupilli ex primo decreto missio fit, *l. 3. 4. & 5. quib. ex caus. in possess.* quem tamen ex contractibus sine tutore gestis non obligari liquidū est. Sed scilicet fit missio ex eius debiti causa, ex quo in pupillum efficax actio est *d. l. 3. §. 1.* Neque ut huic missioni locus sit, contumacia aut fraudulenta latitatio necessaria est, sed sufficit, ut quis absens sit, aut pro absente habeatur, & non defendatur: in has enim personas conceptum est edictum prętoris: si quis fraudationis causa latitet, si cui heres non extet, si quis absens iudicio non defendatur, si quis exilij causa solum verterit: ut apparet ex *t. t. quib. ex caus. in poss. & orat. Cicer. pro Publ. Quint.* Plane ubi ipse contraxit minor, etiam sine curatore, iuxta sententiam Tr. ipso quidem iure missio peti poterit, & etiam concedi, sed quæ restitutione impetrata nulla sit futura, etiam citra ullam cautionem, quam alij præstare tenentur: ut tanto magis Treut. ratio sit vitiosa, quod ille præsertim hac in re, idē ius statuit in minoribus, pupillis, prodigis, & furiosis: sed & amplius Tr. videtur cōfundere hæc duo, *contractum esse sine curatore*, & *minorem esse sine curatore*, eo tempore quo de bonorum possessione decernenda tractatur, quæ scilicet fit in bona minoris, si non defendatur. Et nimirum præsupposito iure agendi contra minorem ita distinguitur, quod minor aut habet curatorem, aut non habet: illo casu aut curator defendit, & ius certū

est:

est: aut non defendit, & removendus, aliusq; in locum eius substituendus est. Hoc casu minori dādus est curator, aut interim missio in bona decernenda, ut tamen ad secundum decretum non perveniatur, nisi minoris utilitas exigat, ut venditis aliquibus rebus creditores dimittantur: quæ in omnibus qui curatorum vel tutorum ope iuvantur observanda esse, ostenditur *in l.7.§.10.cum 2.seqq.quib. ex cauſ.in possess.*

Et igitur, ut dictum est, ante omnia oportet actionem esse efficacē: veluti, si pupillus heres alicui extiterit *l. 5. quib.ex cauſ. in possess.* vel etiamsi tutor solus contraxerit, videlicet ex ea causa, ex qua in pupillum ipsum actio est, veluti hoc limitatur *in l.3.§.2. d. tit.* item si contractum sit cum servo pupilli, quippe in quem actio datur de peculio *d.l.3.§.1.* quod T eut. limitat, nisi solius pupilli iussu servus contraxerit: parum subtiliter, quia distinctæ sunt actiones de peculio, & quod iussu: sed nimirum ita se res habet, ut pupillus teneatur non tantum actione speciali de peculio, sed etiam de in rem verso, si servus in rem pupilli quid verterit: etiā quod iussu, si pupillus servum autore tutore contrahere iusserit: nam sicut pupillus ipse cōtrahens sine tutore, non obligatur, ita nec obligari potest si ipsius sol us iussu contraxerit servus: quæ procul dubio male hic improbat. Zasij sententia est *in l.3. §. contractum quib. ex cauſ. in possess.* ubi indefinite ait pupillum teneri ex contractu servi, quem illo iubēte celebravit: videlicet quod subintelligēdum est, ex ratione iuris, interveniente tutoris autoritate, siquidem de illis casibus tractat Zaſ. ex quibus efficax actio datur in pupillum. Quod autem dicitur *in l.ult.d.bon.autor.iudic.poßid.* pupillo alimenta præstanda esse usq; ad pubertatē, iun & *l.33.eod.* ubi dicitur propter hoc fieri diminutionem bonorum, eo pertinet, ut ante pubertatem non procedatur ad secundum decretum, ut notat *Zaſ. in d.l.3.§.contractum.*

Lit. D.

Nec se defendentis per alium.] Rectius dixisset, *nec per alium defensi:* quia nullo ad hoc opus est mandato, & iuris ordinarij est, ut quicunque absentem defensurus, cum cautione de iudicato solvēdo, quæ omnino necessaria est, audiatur: quod hoc modo satis cōsultum sit actori, cuius nihil interest, à quo pecuniam accipiat:

quandoquidem & extra iudicium etiam pro invito debitore pecunia solvi potest. Atque hæc solida ratio est, propter quam in bona defensi missio fieri non potest. Defendi autem oportet ita, tum ut per absentiam adversarij non fiat deterior conditio actoris *l.* 2. §.3. *quib. ex caus. in poss.* tum ut duret defensio *d. l.* 2. §. *ult.* Ex quo infertur quod hic tradit Tr. si qui vel cum mandato intervenit, vel ultro se obtulit, postea se nō sistat, nec amplius defendat, recte fieri missionem in possessionem: v. omnino orat. *Cic. pro Quint.* ubi eleganter ostendit nullam fuisse missionem in bona, quia Quintius absens reliquerat procuratorem, qui se ad defendendum & iudicium suscipiendum obtulerat: ex quo etiam loco, quæ sint hac in re partes defensoris, apparet.

Quęstio autem à Tr. subiecta, an detur restitutio domino, si procurator eius contumax fuerit, non videtur huc pertinere, quoniam missio hæc ex primo decreto tollitur comparente reo & satisdante, iuxta *Nov.* 53. *c.* 4. *in fin.* sed magis ad casum, quo quis lęsus est irrevocabiliter, puta per sententiam definitivam, vel etiam per factum alterius legitimum, si absentis bona fuerint usucapta, & procurator etiam per simplicem negligentiam peccaverit: qua de re tractatur supra *part.* 1. *disp.* 9. *th.* 12. *& ead. part. disp.* 11. *th.* 17. quod ita esse, adeoq; hanc quæstionem hinc esse alienam, colligitur, quod ut iam dixi, hic non opus est aliqua restitutione, sed cōparitione & satisdatione: sed & textus citati *extit. quib. ex caus. maior.* & allegati quoq; autores *Geil. Wesemb. Cuiac.* non de missione in possessionem, sed de quæstione illa quæ *d. part.* 1. *disp.* 11. movetur, agunt: cum præsertim Tr. ne eum quidem restitui existimet, qui legationis causa abfuit, in cuius bona missionem fieri ex primo decreto videatur absurdū. Sed illud de eo qui legationis, aut generalius reipubl. causa abest, quæritur, an si procuratorem reliquerit, & quid per absentiam amiserit, restituatur: qua in re pugnantes esse videntur textus, quos conciliare nititur *Cuiac.* 19. *obs.* 14. & actum de hoc *supra d. disput.* 11. *th.* 17. ad quem locū etiam pertinet quæstio, an restitutio detur ei, qui cum posset non reliquit procuratorem: quo pertinere verba Tr. *aut per procuratorem defendi non potuerit*: quamvis ex Pacio cit. colligatur, quod Tr. iis excludere voluerit limitationem, quā ibid. probat Pacius, quod ille restituatur qui procuratorem reliquit, si per eum defendi non potuerit. Quæ sane limitatio, ut hoc obiter

addam

addam valde probabilis videtur: quod perinde hic sit ac si nullus adfuisset procurator, citra culpã absentis, quæ ubi deficit, & simul culpa procuratoris, qui alias actione mandati teneretur, summa ratio suadet concedi restitutionem.

Lit. E.

Rei custodiendæ causa.] Recte hinc infert Tr. quod ex primo decreto missi nec fructus percipiant. Quod ita intelligo, ut nullo modo ius habeant consumendi fructus, etiamsi eos in sortem vel usuras imputare velint, sed fructus colligere, & pariter servare debent: *l.* 5. §. 22. *ut in poss. leg.* quoniam huius decreti & missionis hic tantum finis est, ut reus tædio affectus se sistat. Idem autem ius statuit Tr. in actione personali & reali, ut ex hac quoq; missus nec fructus percipiat, nec possideat. Ponimus autem missionem factam non in universa bona, quod etiã olim fieri potuisse docet *l.* 7. §. 16. *quib. ex caus. in poss.* sed in ipsam rem petitam: & hoc casu possessionem ex prima etiam missione transire, confirmavimus *supr. disp.* 18. *th.* 6. *licet iuxta l.* 8. §. 3. C. *d. præscr.* 30. *ann.* intra annum reverso possessio sit restituenda: eamq; sententiam tanquam iuris certi videtur proponere *Spec. in part.* 2. *specul. d. primo decret. rubr. quando & qualiter sit interponendum primum decretum n.* 5. *in fi.* & multis citatis receptam hanc esse opinionem testatur *Menoch. remed.* 3. *retin. n.* 208. *& seqq. vers. quæritur est*, & hoc tamen controversum fuisse apparet ex *Gl. in c. ult.* §. *ult. ut lite non contest.* Et negativam sententiam sequitur Tr. quæ probatur. 1. *ex d. c. ult.* §. *ult.* ibi, *post annum verus constituetur poss.* ex quo Gloss. ibid. concludit, antea possessorem non fuisse. Sed facilis responsio est, dici verum possessorem, quoniã ita in eum transfertur possessio, ut alteri tantum petitorium salvum relinquatur, ꝙ secus est si ante annum prior possessor revertatur. Sed magis ex d. c. probatur sententia Tr. ꝙ ibid. hic tantum effectus tribuitur huic missioni, ut reus tædio affectus veniat responsurus, quæ verba non nisi custodiam & detentionem nudam decreto primo tribui arguunt. Neq; obstat ꝙ intra annũ reversus dicitur recuperare possessioné: vel quia possessionis verbũ ambiguum est, & generaliter loquendo ét qui in possessione est, potest dici possidere, vel poti⁹ quia Põtifex eo respexit, ꝙ ille intra annum nõ reversus possessionem amisisset. Deinde pro Tr. facit *c. pen. d. dol. & cõtumac. & c.* 1. *de eo qui mittitur in*

possess. quibus locis dicitur hoc casu missio fieri *rei servandæ causa*: & expressius *in cap. ult. de eo qui mitt. custodiæ causa*, quibus prorsus loquendi modis utuntur ICti de missione in possessionem in actionibus personalibus, ex qua possessionem non transire constat *leg.* 3. §. *ult. de acquir. possess.* Vt fortassis distinguendum videri possit inter ius civile & canon. quam quorundam sententiam proponit *Gloss. in d. cap. ult. ut lite non cont.* propter *l.* 2. C. *ubi in rem actio & l.* 8. §. 3. *Cod. d. præscript.* 30. *annor.* ubi petitor hoc casu dicitur obtinere possessionem: quamvis hoc de possessione qualiquali explicari commode possit, quod vix dici possit vere adeptus possessionem, qui intra annum reverso eam restituere tenetur: & facit textus *in l.* 7. §. *Celsus autem* 17. *quib. ex caus. in poss.* in quo quod dicitur de missione in ipsum fundum petitum ex primo decreto, utique accipiēdum videtur secundum effectum eundem quo in §. preced. instituta actione reali, missio in omnia bona fieri dicitur. Neque obstabit *l. consentaneum* 8. C. *quomodo & quando iudex*, quæ commode ad casum litis contestatæ referri potest. Sed magis obstat *l.* 2. C. *ubi in rem actio.* ex qua non tantum possessio simplex, sed plena transfertur, ita ut absenti tantum quæstio proprietatis reservetur: & tamen in ea specie litem cum reo contestatam non fuisse, satis est perspicuum: & quod litis contestatæ ibid. mentio fit, ut lis pro contestata habeatur, pertinet ad solum effectum interrumpendæ præscriptionis. Responderi potest, vel quod Iustin. per *d. l.* 8. *C. d. præscript.* 30. *annor.* iuri priori derogaverit, vel potius quod ibid. sit speciale, & durius agi cum eo, cui prius intra certum terminum, controversia mota denuntiata, & ille insuper post terminum, ut se sisteret & iudicium susciperet, tribus edictis citatus contumaciter abesse perseveravit. Et hic aliquid speciale esse illud arguit, quod Imp. summatim vult discuti negotium: cuiusmodi nihil necessarium est in specie *l.* 8. §. 3. *C. d. præscript.* 30. *annor.* ubi ea tantū occasione quod absens prior possessor ad litem vocatus non responderit, petitor dicitur obtinuisse possessionem. Et *Gloss. in d. cap. ult. ut lite non contest.* in priori casu, requirit iuramentum calumniæ, & nec illud male existimare videtur, quod ex causa reverso intra annum possessio sit restituenda. Et fortassis existimari hoc possit arbitrarium, ut iudex aliqualiter cognita causa, vel hoc vel illo modo missionem aut possessionem decernat. Nam & Pontifex utrumque casum coniungit *in d. cap. ult.* §. *ult. ut*

lit.

tit. non cont. de missione simplici custodiæ causa, & de translatione possessionis veræ ex *d.l.2. C. ubi in rem act.* cuius fere verba nominatim ibi proponuntur: sed ita proponũtur, ut diversitas casus vix ac ne vix quidẽ appareat, & me hercule ipse Pontifex nec eam fortassis intellexisse satis videatur. Illud autem apparet, in casu, quo reverso possessio restituenda est, quo ad effectum nihil aut parum interesse, an possessionem an nudam saltem detentionem translatã dicamus, (cum & hæc generali significatu possessio dici possit, ut not. sup. disp. 21.) n si hoc non exigui momenti, quod qui tantum in possessione sunt, interdicta possessoria non habent: & vel ideo malim affirmare transire in hoc casu possessionem, ut se eam etiam legitimis modis defẽdere possit, & add. not. *sup. disp. 18. th. 6.* Possit & hic effectus considerari: quod si transeat possessio, non opus erit secundo decreto, sed solo lapsu anni efficietur, ut ne cogatur restituere possessionem reverso, de quo *th. seq. lit. A.*.

Etsi ex hac causa.] Vix dubium est, quin per missionem in possessionem ex primo decreto constituatur pignus prætorium per textum *in l. non est mirum 26. d. pignorat. act.* neque id negat Specul. ubi ex primo decreto ex causa personalis actionis missio facta est: sed negat contrahi tale pignus, si missio fiat in ipsam rem petitam, quam quis instituta actione in rem tanquam dominus vindicavit. *Speculator de prim. decret. rubr. quis sit effectus primi decreti num.* 4. ubi utitur hac ratione, quod in re propria non consistat pignus: cui addi potest & hoc, quod pignus prætorium ea gratia introductum videtur, ut creditores missi in universa bona, res singulas, quib. ita incumbere non possunt, à debitore interim alienatas, revocandi habeant facultatem. Sed tamẽ commodius defendi videtur, quod etiam in re singulari, actione reali petita, pignus prætorium contrahatur, per text. generalem *in d. l. 26. d. pignorat. act.* Nec obstat ratio Specul. quoniam petitor minime mittitur tanquam dominus, cum etiam ipsam possessionem intra annum reverso restituere teneatur.

Parum etiam movet altera ratio: quoniam facile cõtingere potest, ut missus in rem singularem, eius possessionem amittat, pro qua recuperanda iure quodam pignoris experiatur, iuxta *leg. 2. C. d. prator. pig.* quod omnino admittendum est, si probemus eorum opinionem, qui ita missum negant effici possessorem, ut conse-

quenter interdictis possessoriis experiri non possit: & si secunda hæc obiectio valeret, neque per missionem ex causa actionis personalis prætorium pignus constitueretur, postquã hodie ex recepta sententia non in universa amplius bona, sed in res singulares pro mensura debiti, bonorum possessio decernitur.

Contra prohibentem.] Illud constat actionem dari creditori contra eum qui prohibuit ne veniret in possessionem, ex edicto *ne vis fiat ei &c.* Sed illud controversum, si tertius prohibuerit, & creditor prohibitus ab eo consequutus sit, quanti ea res est, cuius videlicet causa in possessionem missus, an nihilominus actionem ex contractu contra debitorem habeat salvam. Et negat Tr. his verbis, *quam pœnam si consequutus fuerit creditor ab extraneo nihil à debitore petere potest.* Sed ex ipsis his verbis impugnari sententia Tr. potest, quoniam si ista est pœna, & actio in factum pœnalis & ex delicto, supererit actio principalis ex contractu, quippe quam constat nõ consumi per actionem pœnalem, qua conventus cum delicti sui pœnam præstat, non videtur hæc solutio debitori proficere posse ad liberationem. Et hæc sententia est *Cuiac.* 12. *obs.* 13. & confirmatur ex *l.* 1. §. *ult. ne vis fiat ei &c.* ubi actio ista diserte vocatur pœnalis: & ab exemplo actionis in factum, quæ datur contra eum qui non exhibet tabulas testamenti & dicitur continere pœnam contumaciæ *leg.* 3. §. *& si* 14. *d. tabul. exhib.* & non consumere persequutionem legati *dict. leg.* 3. §. 15. Et est utique non absimilis ratio eius qui contra edictum prohibet quem venire in possessionem, & eius qui contra edictum non exhibet tabulas. Quæ ita se habent in extraneo sive tertio prohibente vel non exhibente: quod si ipse contra quem principalis movetur actio, non exhibuerit, secus esse: docet *dict. l.* 3. §. 15. *d. tabul. exhib.* & ad eundem modum si debitor quanti res est, pręstiterit creditori, æquum est, per exceptionem doli utique, actionem ex contractu excludi. Et hæc moverunt Cuiac. ut *in l. si quis* 51. §. 1. *de re iudic.* ita legerit, si debitor pręstiterit creditori, quanti eius interfuerit, quæsitum est an debito liberetur: quod iam olim effectu voluit Accurs. qui *in dict. leg.* 51. ad verbum *venditor* ita annotavit, *id est, debitor, qui ideo non admisit, ut libere venderet.* Neque verum est quod *Ant. Fab.* ait 4. *coniect.* 19. *in fin.* ita nullam fore rationem dubitandi, & hoc modo ipso iure liberatum iri debitorem, cuius contrarium, quod in specie *dict. leg.* 51. per exceptionem liberetur, colligatur

gatur ex ipso textu. Etenim imo, cum etiam debitor contra edictum faciat, non immerito, an post solutionem eius quanti res est, superesset actio efficax, poterat dubitari, quod & dubitatum fuisse in edicto de tabulis exhibendis, docet *dict.leg.*3.§.15. ex quo porro efficitur, sicut in specie *d.*§.15. ita quoque licet ipse debitor conventus actione in factum præstiterit pœnam, exceptione tamen doli nihilominus opus esse. Sed tamen & dura est Accurs. explicatio, & emendatio Cuiac. omnium exemplarium autoritate destituitur: & insuper obstat tum quod ratio ICti generalis est, quod improbus sit qui idem bis petit, quæ etiam militat, ubi tertius præstitit quanti res est: tum quod ita proponit ICtus, perinde ac si de duabus personis tractaret, altera prohibente, altera postmodum quanti res est solvente: id enim arguunt verba, *si quis*, & mox, *si venditor* : quod etiam animadvertit *Zas. in dict. leg.*51. ubi qualiterqualiter hanc obiectionem removere conatur, & *Hottom* 5. *obs.* 29. ubi hunc casum fingit *in dict. l.* 51. *d. re iudic.* quod debitor in fraudem aliquid vendiderit, & cum emptor creditorem in possessionem missum non admisisset, ipse creditori præstiterit, quanti ea res est: quo facto eum *debito*, ita enim & Hottom. legendum censet, liberari. Expeditior videtur sententia *Ant. Fabr.* 4. *coniectur.* 19. ut expuncto verbo, *venditor*, simpliciter legamus, *si præstiterit creditori*, & totus ille textus de tertio qui creditorem non admisit, & actione in factum conventus fuit, accipiatur. Sed haud scio, an duplex supra ex Cuiac. adducta ratio, ab Ant. Fab. sufficienter removeatur. Ait ille, esse quidem hanc in factum actionem pœnalem, sed tãtum ratione rei, non etiam actoris, qui ultra quam abest non consequitur. Ait deinde specialem esse rationem actionis in factum de tabulis exhibendis, quod in eam veniat, non quantum revera debetur, sed quantum in iudicium deductum est. Licet autem hic replicare, & ad 1. quod A. Fab. dupliciter peccat contra usum iuris, quo actiones pęnales mixtæ dicuntur, quæ sunt in duplum triplum, non mere pęnales: ité quo actiones quæ ex parte rei persequũtur ꝙ ipsi abest, nõ dicuntur pænales: cęteroquin actiones ẽt ex contractib. sępe pænales dicẽdæ essẽt, ꝑ not. *disp. præc. th.* 4. ideoq; negãdũ est ꝙ hæc actio ubi datur cõtra tertiũ, habeat rei ꝑsecutioné ꝓprie loquẽdo: nã abusive ita dici põt & quodãmodo relate qa illud videlicet pæna est, ꝙ ratione causæ ex qua missio facta erat, mere persecutionũ

est,

est, sed fit pœna propter delictum prohibētis, & in eius persona. Et est petitio principij, quod hæc actio tantum ratione rei pænalis sit, quia imo ex sententia Cuiac. creditor & ab extraneo pronibente quanti res est ex delicto, & à debitore ex contractu debitum suum, & ita plus quam ipsi abest consequetur: quod ipsum efficit, ut hæ actiones ex diversis causis descendentes, altera alteram non consumat. Neque desunt exempla alia id genus actionum, quæ neque dupli neq; tripli, & tamen mere pænales sunt, neq; actionem principalem rei persequutoriam consumunt: cuiusmodi est actio contra eum prodita, qui quod extremum est in iurisdictione, non fecit *in l. un. § ult. si quis ius dicenti non obtemperav.* actio contra eum, qui in ius vocatum vi exemit *l. ult. ne quis eum qui in ius vocabitur &c.* ubi nominatim additur, quod propterea non liberetur reus: actio contra iudicem, qui per dolū male iudicando litem suam fecit *l. 2. C. d. pæn. iudic.* nam & hic superest principalis actio, cum sententia sit ipso iure nulla *l. venales 7. C. quand. provocare non est necesse*, de quo actum *disput. præced. th. 5. lit. A.* Ratio quoque differentiæ non satis proba videtur: vel quia etiā hic in missione non cognoscitur plene de meritis causæ, vel ꝙ præsumitur etiam quod debitū est, petitum fuisse. Illud plane speciale esse videtur, quod actio in factum ex edicto de tabulis exhibendis est in meram pænam cōtumaciæ, eoq; licet postea appareat legatum esse conditionale, pæna tamen præstanda erit. Et hic tamen defenderim idem esse, si legatarius conditionalis non cavente herede missus, in possessionem ire prohibeatur. Animadverto cogitandum esse, an reddi possit solida differentiæ ratio, inter duplicem hanc actionem in factum aut potius, an possit dari specialitatis ratio, propter quam in hac actione in factum ex edicto *ne vis fiat ei*, diversum ius ab aliis actionibus pænalibus observetur: interim profiteor, me in Cuiac. opinionem esse procliviorem: quamvis nec eam scrupulo carere facile concedam: vel quod etiam emendat pro *debitor debito*: vel quod sane quæstio illa in eadem persona bis convenienda, minus elegantem habet dubitandi rationem. Quod fugiam, video, quod sequor, iam quidem non habeo.

Thesis III.

Lit. A.&B.

Tractatur hac th. de secundo decreto, quod Tr. lit. A. etiam ubi actio in rem mota est, interponendum esse existimat: quoniam videlicet ex primo decreto possessionem transferri non putat th. prec. ced. lit. E. & lapsu anni possessorem fieri negat *supr. disp.* 18. *th.* 6. quibus locis cum utrumq; istud falsum esse probaverimus, falsum esse consequitur hoc, quod inde infertur. Et sane textus iuris Canon. simpliciter de lapsu anni loquuntur, quorum fundamentum est ex iure civili *in l.* 8. §. 3. *C. d. præscript.* 30. *annor.* ubi Iustin. simpliciter ait recuperari possessionem, si intra annum reus revertatur: & ergo non recuperabit eam si nõ revertatur, sed possessio in loco suo manebit, & sola non reversione purificabitur cõditio, ut alio decreto opus non sit, de quo pluribus supra *d. disp.* 18. *th.* 6.

Non contra hereditatem.] Ex primo quidem decreto missio fit etiam in hereditatem iacentem *l.* 3. *& l.* 8. *quib. ex caus. in possess. eatur*, sed ita ut hic subsistatur, neque ad secũdum decretum procedatur *Zas. in d. l.* 8. *num.* 4. cuius rei ratio, quam Zas. non reddit vera hæc esse videtur, quod secundum decretum tantum locum habet, ut mox subiicit Tr. contra fraudulenter latitanem in pœnam contumaciæ, ita ut non plene cognita causa ex distractis bonis creditoribus satisfiat: quæ ratio cessat in hereditate iacente, cui adeo, si mora longior intercedat, curator dandus, & legitime actiones suas instituentibus & probationibus creditoribus, satisfaciendum est: ut autem primo decreto locus sit, satis est etiam citra fraudem quem absentem esse nec defendi.

Fraudationis causa.] Iam diximus, speciale hoc esse in secundo decreto, quod magni est præiudicii. Ex quo recte infertur à Tr. id locum non habere in furioso prodigo, & aliis personis, quæ aliorum cura & administratione indigent: sed his quoque, si non habeant, curatores constituentur, aut si quod debitum liquidum sit, magistratus ex officio aliquid ex bonis eorũ distrahi iubebit *l.* 7. §. 10. *& seqq. quib. ex caus. in possess.* Neque displicet quod improbatus à Tr. *Specul. de secundo decret. rubric. qualiter interponatur secundum*

*decretum n.*14.in aliis personis hoc quoq; obſervādum ait, ubi iuſta cauſa moverit iudicem: ſi modo hoc ita explicetur, quod etiam cōtra alios ita procedi, nec temere iri debeat ad ſecundum decretum, ita ut ſine ordine iudiciario, debitore nō audito creditorib. ſatisfiat.

Sed ſi fraudulenter.] Ait ſecundo decreto locum eſſe, etiamſi latitans exceptione tutus ſit. Id vero in genere male affirmatur: quid enim ſi reus exceptione pacti, iudicati, vel alia ſimili peremptoria defendatur? Maxime cum hac th. tractatur de ſecūdo decreto, quo ius bona vendēdi tribuitur, de quo etiam decreto nominatim hāc quæſtionem Tr. formavit. Quin nec primo decreto hic locum eſſe exiſtimaverim: vel quia hoc ceſſat, ubi debitū eſt cōditionale, iuxta notata *th. præced. lit. A.* vel quia perinde eſt, actionem non competere, & per exceptionem excludi: ut proinde eiuſmodi debitor, qui præſertim nec defenſore eget non poſſit dici latitare contra eū debitorem, quem exceptione repellere poteſt, quod tamen omnino neceſſarium eſt *l.7.§.14. quib. ex cauſ. in poſſ.* Quod ſi ponas creditorem exceptionem diſſimulaſſe, aut alias de exceptione non conſtare, & ita per ſub & obreptionem impetratam fuiſſe miſſionem, ineptam feceris quæſtionem, ſiquidem ita non tanquam creditor cui exceptio obſtat, ſed tanquam alius verus creditor mittitur. Sed non opus eſt verbis, cum in hanc rem expreſſus ſit textus contra Tr. *in l. 7. § ſi in diem 14. quib ex cauſ. in poſſ. eat.* ubi expreſſe negatur, ſecundo decreto locū eſſe, ubi creditor exceptione repelli poteſt. Neq; facit pro Tr. citatus *Specul. de ſecundo decreto rubr. qualiter interponi debeat. num.3.* quoniam loquitur de ſpeciali exceptione excommunicationis, & quidem eo caſu, ubi exceptio iſta dubia nec probata eſt *ex cap.1. d. except. in 6.* Nihil etiam facit pro Tr. *l.7.§ ſi quis 15. quib. ex cauſ. in poſſeſſ.* quoniam ibi tractatur non de exceptione peremptoria, ſed temporali, vel potius ita comparata, ut non certo ſit obſtitura: cuiuſmodi eſt exceptio, qua utitur pater conventus actione de peculio, quod videlicet nihil ſit in peculio: quoniam hæc actio eius naturæ eſt, ut an aliquid in peculio ſit, ſpectetur tempus rei iudicandæ *dict. leg.7.§.15. l. quæſitum 30. in prin. d. pecul.* adeoque teneat actio, utcunque eo tempore quo movetur & litis conteſtatio fit, nihil ſit in peculio dd. textib. ut mirum non ſit, ſi creditor in poſſeſſionem mitti poſſit, utcunque eo tempore nihil in peculio ſit, quia cum peculium ſit nomen univerſitatis, quod augetur & minuitur *l.*

peculium

peculium 40. *d. pecul.* tempore condemnationis in peculio esse potest, quæ ratio est ICti *in dict. leg.* 7. §. 15. Et possit ita salvari Treut. & iuxta textum citatum eius sententia accipi, nisi obstaret tum quod allegat pro diss. *Zasium in leg.* 7. §. *cũ hoc* 2. *quib. ex caus. in possess.* ubi nominatim tractat de exceptione pacti: tum quod proponit debitorem exceptione tutum, cuiusmodi non est pater conventus actione de peculio, licet eo tempore nihil sit in peculio: quia nihilominus actio tenet & recte intenditur *dict. leg. quæsitum* 30. *in princ. d. pecul.* Sed alius hic nodus contra *dict. leg.* 7. §. 15. nectitur ex *l. eo tempore* 50. *in princ. d. pecul.* ubi Papin. in iisdem terminis, ut videtur, negat decerni posse missionem in possessionem. Conciliatio una Accurs. est *in dict. l.* 7. §. 15. *quib. ex caus. in possess.* quod intersit an certo nihil in peculio sit: an de eo dubitetur. Verum hæc perspicue confutatur ex *d.* §. 15. ubi ex hac ratione ICtus missionem in possessionem admittit, quod licet iam nihil in peculio sit, esse tamen possit, videlicet tempore rei iudicatæ quod hic spectatur. Aliter conciliat *Accurs in dict. leg.* 50. *d. pecul.* quod *in dict. leg* 50. *d. pecul.* etiam hoc certum fuerit, tempore rei iudicandæ nihil in peculio esse posse, quod videlicet servus mortuus fuerit, aut manumissus: quam conciliationem ex Accurs. descripsit *Pacius* 4. *centur.* 63. Quæ licet divinatoria videatur, hinc tamen probabilis redditur, quod alias duplex *in d. l.* 50. a Papin. allata ratio aut falsa esset, aut certe aliis textibus manifesto contradiceret. Etenim 1. hac ratione utitur Papin. quod eo casu pater de peculio conventus: si iudicium acciperet, absolvi deberet. Atquin imo, etiamsi nihil in peculio sit actionem tenere, eamque recte intendi diserte responsum est, *in d. l. quæsitum* 30. *in pr. d. pecul.* Deinde Papin. hanc rationem addit per occupationem, quod non satis sit, ad hoc, ut missioni in possessionem locus sit, condemnari quem posse, sed necessum sit, iure posse condemnari: illis verbis, tametsi potest iudicis iniuria condemnari. Atquin ex iam dd. apparet, si tempore rei iudicandæ aliquid sit in peculio. patrem aut dominum ex contractu servi aut filiifa. conventum, non iniuria sed iure condemnari.

Lit. C. & D.

Tempore iusto.] Illud apparet, ut secundo decreto locus sit, tem-

pus aliquod à primo decreto interpositum elapsum esse debere: quod olim triginta dierum fuisse ex Orat. Cicer. pro Publ. Quint. colligere licet: quamuis *Cuiac. 5. obs. 30.* dies illos à desertione vadimonii ad primum decretum computatos fuisse existimet: quod inde tamen dubium redditur, quoniam etiam simpliciter in bona absentis nõ defensi, latitantis, sine herede defuncti, & eius, qui exsilii causa solum vertisset, adeoq; citra desertionem vadimonij missionem factam fuisse constat. Cum autem iure nostro nihil sit expressum, arbitrarium tempus illud esse videtur: facit argumentum ex *l. 15. §. non autem 21. d. damn. infect.* Cæterum cit. *Specul. d. secund. decret. rubric. quando & intra quod tempus num.* 2. varias refert opiniones, quod alii statuant decem dies ex *l. 21. d. constit. pecun.* alii annum *argument. l. 8. §. 3. C. de præscript.* 30. *annor.* alii biennium ad instar pignoris conventionalis *l. ult. C. d. iur. domin. impetr.* alii triennium intra quod tẽpus emphyteuta iure suo cadit *l. 2. C. d. iur. empheut.* (quæ rationes omnes sunt à prorsus diversis.) alii denique hoc tempus arbitrarium faciant, quorum opinionem non improbat Specul. licet magis eo inclinet, ut post annum, decretum secundum recte interponi existimet: quæ sententia meo iudicio bene confirmatur ex coniunctis duobus textibus *in Nov. 53. cap. 4. §. 1. & in d. l. 8. §. 3. C. d. præscript. 30. annor.* Etenim *in d. Nov.* in qua tractatur de missione in genere, adeoq; vel maxime ex causa actionis personalis, constituit Iustin. ut reversus oblata & præstita cautione res suas recuperet: & *in d. l.* 8. idem statuit Iustin. ut reversus intra annum recuperet possessionem. Et utcunque in reali actione, ad quam pertinet *d. l.* 8. novo & secundo decreto opus non esse existimem, apparet tamen ex ista cõiunctione, id in hac actione efficere lapsum temporis, quod in personali efficit secundum decretum: nimirum ut reus possessione rerum suarum cadat, altero modo per distractionem earum, vel in solutum addictionem, altero modo per possessionis translationem, ut saltem petitorium reo supersit. Et hinc cum prorsus, ut *in d. l.* 8. à Iustin. ita iure Canon. à Pontificibus statutum sit, ut post lapsum anni petitor efficiatur possessor, defendi potest, etiam ex ratione iuris Canon. post annum secundum decretum interponi debere: utcunque textus à Tr. citati de actione reali tantum loquantur: eaque sententia magis aperta fuerit, si cum Tr. etiam in actione reali secũdo decreto opus esse statuerimus: facit textus generalis *in cap.*

cap. dilecti. 28. *d. V. S.* in quo per tempus legitimum procul dubio intelligitur annus. Porro *Alciat. in cap.* 1. *d. iudic. numer.* 34. ubi et tantum refert sentētiam Abbatis eamq; communem esse ait, quod etiam iure Can. hoc tempus sit arbitrarium. Nihil autem huc pertinet *l. ult. Cod. d. bon. autor. iudic.* ubi Iustin. præfigit tempus certum creditoribus aliis qui actu immissi non fuerunt, intra quod cum prioribus missis, ut ipse loquitur, habere communionem, & eiusdem commoditatis fieri possunt participes. Neq; vero quod intra biennium aut quadriennium eos admittit, inde inferri potest, ante non posse interponi secundum decretum, si videlicet creditores instent, nec adeo longam ferant dilationem: add. citatos à Tr. *sup. disp.* 18. *th.* 6. *lit.* B.

Si tempore redierit.] In actione reali haud dubie annus est: in personali, si arbitrarium statuimus, dicēdum erit, si ante interpositum secundum decretum redierit: cessante enim causa primi decreti, ut videlicet tædio affectus, compareat & respondeat, multo magis cessabit decretum secundum, & bona restituentur debitori. Hoc tamen ita, si primo præster impensas quas creditores fecerūt *l.* 9. §. 4. *d. reb. autor. iudic.* videlicet bona fide & sine dolo *argument. l.* 8. §. 3. *d. tit.* An autem sub dolo veniat lata culpa tractatum est *supra disp.* 9. *th.* 4. *lit.* G. & illud alterum, an negotio um gestor pręstet levissimā culpam, expeditum est *part.* 1. *disp.* 10. *th.* 5. *lit.* D. Est autem non obscura differentiæ ratio inter negotiorum gestorum ordinarium, qui ultro absentis negotia suscipit, & necessarium, qualis est creditor, non quidem absolute, sed quatenus ut propter contumaciam rei in bona missus consideratur: ut proinde nec de culpa levi teneri videatur *d. l.* 8. §. 3. *& l.* 9. § *generaliter* 4. *d. reb. autor. iud. &c.* quod tamen non esse perpetuum colligere licet ex *d. l.* 9. §. 3. ubi dicitur creditorem non posse repetere ęstimationem damni, quam noxali iudicio convētus pręstitit pro servo debitoris, nisi expedierit retinere potius servum quam noxæ dedere. Ex adverso quoq; ipse creditor negotiorum gestorum actione debitori tenetur *d. l.* 9. *& l.* 14. §. 1. *d. reb. autor. iudic.*

Atque hoc primum est, quod reus reversus, ut bona sua recuperet, præstare tenetur. Alterum est, ut satisdet de iudicio sistendo & lite suscipienda *cap.* 2. *&* 3. *de eo qui mitt. in poss. l.* 8. §. 3. *C. d. præscr.* 30. *annor. text. general. in d. Nov.* 53. *cap.* 4. quam cautionem minus

proprie de lite prosequenda Tr. appellare videtur: vel quia hoc magis proprium est actoris, vel quia, *prosequi*, arguit iam aliquid esse cœptum, quod hic secus est, nisi casum deserti vadimonij quis proponat, ut in causa quam tractat *Cicer. in Orat. pro Quint.* Recte autem Tr. requirit fideiussores *d. N. 53. c. 4. & t. t. qui satisdare cogantur, & si quis caution. in iudic.* omnis autem satisdatio regulariter fit per fideiussores, iuxta notata *supr. part. 1. disp. 5. th. 2.* quamvis illa regula, ut ibid. dictum, habeat exceptiones, neq; adeo absurda sit sententia *Speculat. d. prim. decr. rubr. d. effect. num.* 22. quod etiam pignora admittantur: quin & amplius videri possit admittenda cautio iuratoria *argument. cap. 4. d. dol. & contum.* & quod cautiones iudiciales licet regulariter exigant fideiussores, in subsidium per iuramentum præstari possunt *authent. generaliter C. d. episcop. & cleric. Nov. 112. cap. 2.* Verum vix cogi poterunt creditores, ut iure iam sibi quæsito, nisi idonea præstita cautione, à bonis discedant. Sed enimvero ubi missio in bona facta est, vix poterit deficere cautio pignoratitia, quæ utique plenior est quam iuratoria. Hinc autem efficitur, aliam esse rationem pignoris prætorii & conventionalis, quod potentius est & fortius, sed hactenus illo minus plenum, quod in rebus singularibus & certis consistere solet. Et postquam igitur ex recepta sententia missio fit pro mensura debiti, nec amplius in universa bona: si reus reversus non præstat fideiussores, in ipsis illis bonis, in quæ missus est, merito creditorem prætor tuebitur.

LIT. E.

Vt bona eius.] Et in his etiam usumfructum *leg. 8. in princ. de reb. autor. iudic.* salvo videlicet proprietarii iure, id est, cum qualitate usufructus, & eo effectu, quo ipse debitor usufructuarius alienasset, iuxta tradita *supra part. 1. disput. 6. th.* 10. Illud expeditum est, bona fide alienata non comprehendi nec quidem sub primo decreto, tantum abest ut veniant in venditionem: secus in alienatis mala fide, si per actionem Paulianam fuerint revocata, de quo *infra th. 5.* De feudalibus dictum est *th. præced. lit. B.* unde huc addendum, in distractionem venire commoditates feudales,

ut ta-

nt tamen relinquatur vasallo, unde servitia domino præstare possit.

Quod si nulla fuerint bona.] Ait Treut. si nulla fuerint bona perinde missum haberi, ac si aliqua possedisset. Ad quorum verborum, quæ & obscura & ambigua sunt, explicationem notandum est, duplicem esse casum, quo decretum primum prætoris nihil operari videbatur. 1. si tempore eius interpositi creditor in bona ire eaque apprehendere non poterat, veluti si inundata à flumine vel à prædonibus occupata fuissent. 2. si eo tempore nulla bona debitor habebat. Sed contrarium non obscure deciditur *in leg. cum unus* 12. §. *ult. cum l. seq. d. reb. author. iudic.* decretum videlicet recte interpositum censeri, & perinde esse, ac si creditor bona possedisset, hoc effectu, ut bona post à flumine aut prædonibus relicta, aut post acquisita, sine novo decreto pro possessis habeantur, & accedente decreto secundo recte vendantur: quod pluribus *in dict. leg.* 12. §. *ult.* explicat Zas. & ibid. duos alios huius rei effectus ex Gloss. notat 1. quod etiam citra apprehensionem constitutum intelligatur pignus prætorium, ut si forte debitor quid alienaverit, actione Pauliana revocari possit: eritque adeo hæc hypotheca quædam prætoria. 2. ut tempus biennij, quod cæteris creditoribus constituit Iustin. *in l. ult. Codic. d. bon. author. iudic.* computetur & currere incipiat ab interpositione decreti, non vero ex quo bona acquisita, aut apprehensioni apta reddita fuerunt. Notandum tamen hinc non recte colligi à quibusdam, quod creditor etiam antea bona possedisse intelligatur, ut inde civilem quandam singularem possessionem exsculpant, quoniam ut cit. loco recte notat Zas. decretum istud possessionem vel detentionem non operatur, sed hoc tantum, ut creditor citra aliud decretum, possessionem ingredi & apprehendere vigore decreti ante interpositi possit, de quo dictum etiam aliquid est *supra disp.* 21. *th.* 1. *lit.* E.

Lit. F.

Curatore assignato.] Tria videtur hic peccare Treut. 1. quod ita loquitur, ac si omnino necessario constituendus esset curator. 2. quod non distinguit tempora primi & secundi decreti. 3. quod con-

confundit curatorem à prætore & ab ipsis creditoribus constitutum. Enimvero cum ipse admittat ex *l. ult. d. curat. bonis dando*, privato consilio creditorum posse constitui curatorem, qui bona distrahat & ex redacto pretio singulis satisfaciat & rationes reddat, consequens videtur, etiam ab ipsis creditoribus citra subsidiũ curatoris hoc fieri posse, quod etiam diserte probatur ex *l. 9. d. curat. furios.* Porro alius est curator qui constituitur bonis vendendis, alius qui constituitur ante secundum decretum, ubi ex primo missio in possessionem facta est, de quo casu est male à Tr. citata *l. 4. d. reb. autor. iudic. possidend.* quo ipse etiam casu citra prætorem à creditoribus constitui posse curatorem, ostendit *l. 13. & 15. eod. tit.* Denique plus iuris habet curator à prætore constitutus, videlicet ius exercendi actiones *d. l. 14.* ex quo loco, quod non videtur observasse Tr. & hoc apparet, non posse semper à creditoribus constitui curatorem, sed requiri ad hoc autoritatem prætoris, veluti si actiones tempore sint perituræ *d. l. 14.* quas exercebit curator iste, quam facultatem creditores, qui nudam habent custodiam, conferre non possunt. Notandum denique & hoc, quod de curatore constituendo hic traditur, tantum ad casum missionis ex causa actionis personalis pertinere: cum tamen Tr. in genere loquatur, & etiam in actione reali secundo decreto opus esse existimet.

Invitus tamen nemo.] In eo curatore qui vendendis bonis constituitur, ratio hæc esse videtur, quod cum ab ipsis creditoribus hoc recte fiat, nihil necessum sit alium cogere ad hoc suscipiendum. Sed scrupulum res habere videtur in eo curatore, qui constituẽdus est, dum bona ex primo decreto possidentur qui interim actiones utiles exercet, & excipit *l. 2. d. curat bon. dand.* quæ facultas penes creditores nudam custodiam habentes, non existit: nisi forte hæc ratio est, quod non sint hic personæ defectum ætatis aut alium patiẽtes, quibus lex succurri velit, sed agitur de mero commodo creditorũ, qui in bona se mitti petierunt: ideoq; merito ex ipsis creditoribus, quos res contingit, hoc in se suscipere, aut si nullus eorum velit, ipsi sibi imputare, nec temere quisquam nisi ex magna causa invitus gravari debet, *d. l. 2. §. 3. d. curat. bon. dand.* Notandum tamen diversas esse causas constituendi huius curatoris, & inter ea si hereditas iaceat *l. 1. d. tit.* quo casu vel maxime necessitas illius in movendis & excipiendis actionibus apparet.

Siplu-

Si plures sint.] Ait ex pluribus curatoribus omnes in solidum teneri etiamsi nihil tetigerint. Cuius hæc ratio videtur, quod non conveniuntur & tenentur ex obligatione aliqua quam ipsi contraxerunt, sed tanquam simplices administratores, in hoc tantum, ut debitam pecuniam solvant. Itaque ad merum factum. Agitur enim hic de conveniendis curatoribus non à debitore aut domino ad quem res pertinet, sed à creditoribus quibus aliquid debetur.

Hi tamen procuratorem constituere nequeunt.] Cum habeant ius movendi actiones, distinguendus est casus litis contestatæ vel non contestatæ. Hoc casu vera est assertio Tr. cum nec tutores hoc facere, sed tantum actorem constituere possint *l. neq; tutores* 11. *Cod. d. procurat.* Sed & illo casu pro Treut. iam dicta ratio facere videtur, quod habeant nudum quasi exigendi ministerium, ut nec effici videantur domini litis, quæ sola ratio inducit ius substituendi post litem contestatam. Sed contrarium expresse scriptum est *in l.* 2. §. 1. *d. curator. bon dand.* ibi, *si quem curatores mitterent ad agendum vel defendendum*: idque tanquam certum notat *Zas. in l. si plures.* 3. *eod. tit. num* 5. *& Accurs. ibid.* si videlicet lis esset contestata, argum. verborum *in d.* §. 1. *uti ius esset*: neque video quid ad eum locum responderi possit, neque cum Tr. sentit *Ant. Fab.* 5. *coniect.* 18. qui solum in alio quodam textu, pro *procuratores*, vult legi, *curatores.* Et sane curatores illi, autoritate magistratus cum facultate agendi constituti, non videntur minus iuris habere quam procuratores, quorum nomine quo minus appellentur, hoc solum obstare videtur, quod ex ratione iuris procuratores non nisi à domino constituantur. Quin tentare liceat, etiam ante litem contestatam, non quidem procuratorem, sed actorem eos ad agendum mittere posse. Neque satis excusatur Tr. quod procuratoris mentionem facit: vel quia non sine vitio ita in verbis luderetur, vel quia cum legitimi sint administratores, lite contestata recte constituent procuratorem.

LIT. G.

Possideantur & vendantur.] Distinguendæ hic erant causæ, ex quibus fit missio ex primo decreto. Etenim 1. missus ex causa damni infecti, non iubetur vẽdere per secundum decretum, sed plenum ius in re consequitur. Deinde ex causa actionis realis, per se-

cundum decretum, quo quidem Treut. opus esse putat, plena possessio transfertur, salva quæstione principali. Obtinet itaque hæc assertio Treut. in actionibus personalibus, quæ totum patrimonium respiciunt. Ait autem Tr. quod ex secundo decreto iubeantur bona possideri: & tamen verius videri possit, quod tantum iubeantur vendi, vel quod loco venditionis est, in solutum addici: licet utique qui ius vendendi habet, plenius etiam possidere videatur, quo respexisse videtur ICtus *in l. 7. §. 1. & 2. quib. ex caus. in poss. l. 3. §. 1. d. reb. eor. quæ sub tutel.* in quo tamen textu phrasis illa, *iubere possideri*, fortassis non inepte referatur ad causam damni infecti. Deniq; & hoc notandum, quod etiam ex primo decreto bona dicantur possideri, generaliter scilicet accepto verbo, *facit l. 9. d. rei vind. & l. 5. §. si plures ut in poss. ff. legat.* ubi ex primo decreto missus sibi dicitur possidere: item quod Cicero in Orat. pro Quint. disputat an bona fuerint ex edicto possessa nec ne, & tamen decretum primum tantum ibi interpositum fuisse apparet. An autem in reali actione opus sit secundo decreto, an lapsus solus temporis effectum illum inducat, quod hic otiose repetit Treut. dictum est supra *th. 1. & 2.* & *supr. disput. 18. th. 6. lit. D.* ubi & illa quam hic itidem repetit Treut. quæstio explicata est, quidnam per secundum decretum tribuatur. Illud saltem notandum vitiose à Treut. in genere proponi de dominio vel usucapiendi conditione, quod tantum pertinet ad causam damni infecti, non ad actionem personalem, quin nec realem, in qua secundum decretum non nisi possessionem transfert. Et ex eo tamen tempore non dubitarim procedere usucapionem, si modo in bona fide petitor fuerit, non autem si in mala: cui non obstat, quod cui V. G. ex causa actionis noxalis servus noxæ deditus, vel qui ex secundo decreto ex causa damni infecti possidere iussus est, utique usucapit, licet res alienas esse sciat: quoniam his casibus scientia rei alienæ non inducit malam fidem, quod perinde hic habetur, atque si ab ipso domino res alienata esset: atqui in illo casu sola possessio simplex salva quæstione principali in petitorem transfertur.

Mittuntur æqualiter non pro rata damni.] Legendum potius *pro rata debiti*: & ita tamen Treut. opinionem suam quam proposuit *th. 2. lit. B.* quod missio fiat pro rata debiti, destruere videtur: & vero si missio non fit in universa bona, sed pro mensura declarati debiti,

debiti,& mensura ista in diversis creditoribus diversa plane si·,fieri non potest,ut amplius æqualiter mittantur. Loquitur quidem hac th. Tr. de secundo decreto: verum ubi de vendendis bonis tractatur,multo minus verum esse potest,quod æqualis sit missio: & ipse textus citatus *in l.15.§.cum autem* 18.*d. damn. infect.* de primo decreto loquitur: & utcunque in secundo decreto idem sit, quod videtur suadere *d.l.15.§.17.* illud tamen in vitio est,quod Tr. speciale in causa damni infecti,proponit tanquam generale: eoq; recte legitur apud Tr. *pro rata damni*, siquidem hoc ad causam damni infecti restringitur,*ex d.l.15.§.18.d. damni infect.* Atquin quomodo cum hoc conveniet,quod statim sequitur apud Tr. *fructus quoque non capiet sed vendet*: quoniam ex causa damni infecti secundo decreto possidere iussus, fructus procul dubio, suos facit & lucratur. Et planissime hoc ad primum decretum pertinet,sicut & quod sequitur *ex l. 12. d. reb. author. indic.* unius possessionem omnib. prodesse: eaq; ingens oscitantia quomodo excusari possit,ego non animadverto.

Sed ipsam rem,& quod hac lit. superest videamus: & de fructib. dictum *est th. praced. lit.* E. superest, q̧ de unius possessione omnibus proficiente traditur. Et hoc, ut paulo superius notatum est: hodie, posita cõmuni opinione,q̧ missio tantũ fiat pro rata debiti,amplius verũ nõ esse rectius defenditur: sed ex ratione iuris veteris de hoc dispiciamus. Probatur illud ex *d.l.cum unus* 12.*d.reb. author. iud. & ex l. ult.C.eod.* quod videlicet missus non præferatur aliis, sed reliqui omnes,perinde ac si una missi cum eo concurrant. Ratio videtur vel quod missio non fit ratione certæ personæ,sed magis in rem, quod quis latitat,aut alias non defenditur: vel q̧ missio non fit in rem singularem,sed in universa bona,& amplius,nõ ut ea possideat,sed ut ea debiti causa custodiat, nec proinde speciale aliquod ius præ cæteris debitorib. consequatur. Neq; obstat q̧ utiq; per missionem ex primo decreto pignus prætorium constituitur *l. 26. d. pign. act. l. misso 12. pro emptor. l. 3. §. 1. vers. sed &, d. reb. eorum qui sub tutel. l. 3. & 5. C. ut in poss. legat.* Etenim respondetur, vel quod pignus prætoriũ non sit eius roboris, cuius est pignus cõventionale: vel potius hoc ipsum esse q̧ traditur *in l. 12. d. reb. auto. iud.* quod per missionẽ ex primo decreto,nõ tantum huic,sed omnib. creditorib. pignus iudiciale cõstituatur. Sed nõ desunt quę probare videãtur, hic ẽt missum utpote tempore priorem,iure quoque potiorem esse debere, quæ post Dd.

proponuntur à *Zaſ. in dict. l.* 12. ubi tamen confuſe tractat duplicem quæſtionem, quæ mihi omnino diſtinguenda eſſe videtur. 1. an miſſio impetrata ab aliquibus, ita non tribuat ius ſolis illis, ut hoc ipſo cæteri ſimul miſſi videantur, ita ut poſtea ſecundum decretum & ipſi petere, & in vendendis bonis concurrere poſſint, licet ex primo decreto antea in ſpecie immiſſi non fuerint, neque ſe immitti petierint. 2. an miſſio ita non tribuat ius iis qui miſſi ſunt, ut licet aliis ea immiſſio non proſit, attamen non impediat, quo minus & alii ut immittantur petere, & ut hoc fiat, impetrare poſſint, eodem iure futuri, quo qui ante eos miſſionem impetraverunt. Prius affirmatur in caſu miſſionis in univerſa bona ex cauſa actionis perſonalis per text. *in d. l. ult. C. d. bon. autor. iudic. & in l.* 12. *D. eod.* ubi dicitur ius aliis creditoribus quoq; quæſitum eſſe: & probatur ex oppoſitione, de qua ſtatim dicemus *in leg.* 5. §. 2. ut in poſſeſſ. legat. & huius rei praxin, quomodo reliqui creditores ius hoc ſibi applicare debeant, docet *Zaſ. in d. l.* 12. *num.* 7. Poſterius affirmatur in caſu miſſionis in rem ſingularem ex cauſa damni infecti, ubi ſcilicet alii qui damnũ idem metuunt, & ipſi petere neceſſe habent, ut in poſſeſſionem mittantur: ex quo removetur obiectio ex *leg. ſi finita* 15. §. *ſi plures* 15. *d. dam. infect.* vix enim dici poteſt, ibi non neceſſariam ſed ſuperfluam fuiſſe petitionem. Neque obſcura eſt differentiæ ratio, quod ſcilicet etiam unus tantum, qui ex ędib. vicinis damnum metuit, & ex primo decreto inſolidum mittitur, & ex ſecundo in ſolidum poſſidere iubetur: quod in miſſione in univerſa bona ex cauſa actionis perſonalis ſecus ſe habere videtur. Quo modo rectius hæc res expediri videtur, quam per diſtinctionem Zaſii, inter miſſionem, quæ fit ex nobili officio, & quę fit ex cauſa obligationis: quandoquidem & hæc miſſio fit ex officio nobili, neq; quod hic pręcedit obligatio ex contractu, efficere poſſe videtur, ut aut magis aut minus miſſio aliis creditoribus debeat prodeſſe, cum pręſertim generale illud ſit, quod prætor officium ſuum non impertiat niſi imploratus. Verum noſtræ explicationi reſiſtere, & Zaſii diſtinctionem confirmare videtur textus *in l.* 15. *cui* 5. §. *ſi plures* 2. *ut in poſſeſſionem legator.* ubi legatarius unus in poſſeſſionem miſſus dicitur ſibi ſoli poſſidere, non aliis, & in hoc opponitur aliis creditoribus, qui licet ſoli miſſi, etiam aliis poſſideant: & tamẽ legatarius in ea ſpecie in univerſa bona hereditaria mittitur. Gloſſ. hic inter cauſam lucra-

tivam

tivā & onerosam, divinatorie, neq; addita differentiæ ratione quæ nulla apparet, distinguit. Ego considerandum existimo, quod ipse post Bart. notat *Zas. in d. l. 12. num. 3.* tum demum prodesse aliis creditoribus missionem in possessionem ex primo decreto, si contra eos quoque debitor latitaverit: potest enim quis ita latitare, ut tantum contra aliquos latitet, non adversus alios *l. 7. §. illud sciendum in fin. quib. ex caus. in possess.* quibus adeo merito non proderit illorum possessio *argument. dict. leg. 7. §. quid si 7. in fin.* Heres autem patitur missionem ex speciali causa, quod ex contumacia non caveat: qui autem non cavet Titio, non potest pro eo haberi, acsi non cavisset Sempron. Hæc autem distinctio mihi tantum locum habere videtur in casu rei latitantis, non in ceteris, quos supra ex Cicer. expressimus, si quis exilii causa solum verterit, si cui heres non extiterit, si quis absens defensus non fuerit: quibus casibus ita distingui non posse, sed simpliciter verum esse videtur, quod traditur *in d. l. 12.* unius possessionem aliis prodesse: quod recte observasse mihi videtur Accurs. qui singulare esse ait in latitante. Cæterum possit & hęc differentiæ ratio reddi inter legatarium & alios creditores, quod edictum de his mittendis ordinarium est, & in rem conceptum, sed de mittendis legatariis, qui ante diem vel cōditionem, nondum ius agendi habent, magis extraordinarium, & potius conceptum in personam petentis.

Sed amplius occurritur, & priorem missum ita esse potiorem, ut simpliciter pręferatur sequenti, contra *leg. 5. §. 2. ut in possess. legator.* probari videtur tum ex vulgata regula in materia pignorum recepta, quod prior tempore potior sit iure. Iam autem pignus prætorium hic constitui diximus: tum ex *l. si postquam 3. C. ut in poss. legat.* ubi dicitur si post missionem ex causa legati heres rem vendiderit, missos iure prætorii pignoris esse potiores, quod etiam probatur ex *l. 2. C. qui potior. in pign.* Responsio hic vulgata est, esse & hoc casu locum prælationi & iuri prioritatis, non omnimodo, sed secundum quid, videlicet in diversa debiti causa, & diverso pignoris genere. Ex pluribus videlicet legatariis unus ob contumaciam heredis non caventis immissus, non præfertur aliis legatariis *dict. leg. 5. §. 2. ut in possess. legat.* sed præferentur omnes legatarii aliis creditoribus, qui postea ex causa cōtractus missionem vel petierunt aut impetraverunt, quo referenda est *d. l. 3. C. ut in possess. leg.* Hinc porro missi ex

primo decreto non præferuntur aliis, qui ex ead. causa pignus prætorium habent, sed præferentur iis qui postea pignus iudiciale acceperunt in causa iudicati, quo pertinet *lex 2. Codic. qui potior. in pignor.* Et hinc etiam respondetur ad *leg. 10. qui potior. in pign.* quod alia ratio sit pignoris prætorii in specie dicti, alia eius, quod in specie vocatur iudiciale, captum in causa iudicati pro executione sententiæ. Ex quibus apparet, regulam vulgatam, quod prior tempore potior sit iure, aliquo modo officium suum perdere in hoc genere pignoris, quod tantum rei servandę & custodiendæ causa constituitur. Deniq; notandum ex *l. ult. C. de bon. autor. iudic.* iis demum creditoribus prodesse immissionem aliorum, qui intra biennium vel quadriennium intra sua & actiones allegaverunt.

LIT. H.

Et vendantur.] Idque in loco ubi defendi quis debuit *l. 1. d. reb. auth. iudic.* id est, ut patet ex seqq. textib. ubi reus forum sortitur, de quo actum supra *part. 1. disp. 3.* Et nimirum hoc sensu ibi vendantur (ut recte notat Accurs.) ut petatur à iudice illius loci apud quem reus forum sortitur, & ibi bona venalia proponatur & proscribantur: qui locus diversus esse potest ab eo in quo res ex causa venditionis actualiter traduntur, si res immobiles in alio loco & foro sint sitę. Quod autem de pecunia deponenda in ęde sacra tradit Tr. *ex l. ult. C. d. bon. autor. iudic.* malim dicere arbitrarium potius quam præcise necessarium esse: ut videlicet permissum sit magistratui ex causa curare, ut pecunia redacta quæ superat, in utilitatem tum aliorum creditorum, tum ipsius debitoris, fænori potius collocetur quam otiosa in æde sacra custodiatur.

Creditoribus tamen.] Alienius hoc est ab hoc loco, & iam supra diximus, posse creditores vel ipsos vendere bona, vel per curatorem: & hunc vel ab ipsis privata autoritate, vel petentibus iis à magistratu constitutum: quem modum si elegerint, amplius variare, & ipsis distrahere bona permittendum non erit *leg. 9. d. curat. furios.*

THE-

THESIS IV.

Lit. A. & B.

Verum, inquit Tr. *hac infamia legis Iul. beneficio evitari potest* : ea scilicet infamia, ut ipse in exegesi subiicit, quæ contrahitur ex venditione bonorum, quam infamię speciem graviter exaggerat *Cicer. in Orat. pro Quint*. Hic autem apud Treut. ista notanda occurrunt. 1. quod mox ait Treut. non tamen evitari eam infamiam quæ ex cessione venit : parum autem proderit evitare unam infamiæ speciem, si alia sit subeunda: nisi fortassis Treut. infamiam alteram altera putavit esse graviorem. 2. Insubtiliter dici videtur per cessionem bonorum non evitari infamiam, quæ ex cessione venit : & siquidem infamia consequitur cessionem bonorum, per ridiculum est dubitare aut disputare, an per eam evitetur. 3. Non minus insubtiliter dicitur, non evitari eam infamiam, quæ est ex cessione, quamvis no sit sine ignominia: pro quo dicere voluit aut debuit, aut forte id subintelligi voluit, non esse istam veram infamiam, sed leviorem, quæ tamen ignominiam secum trahat. Et tamen idem recte quis dixerit de venditione bonorum, siquidem quorũ bona vendita sunt, eos ex edicto notatos esse non legimus. Accedit & hoc, quod cum iuxta Treut. *th. praced. lit. B.* venditio bonorum fiat contra fraudulenter latitantes, talis non videtur bonis cedere posse : nisi intelligas reversum non posse cavere. Sed præcipue in eo offendit Treut. quod per cessionem bonorum evitari ait infamiam, quæ ex venditione bonorum contrahitur: cum tamen post cessionem bona vendi soleant: quod & ratio suadet, & probant expressi textus *in leg. 3. 5. & 6. d. cession. bonor. l. 4. Codic. qui bon. ceder. possunt*, & ipse tradit Treut. hac th. lit. F. quin imo duplex hic quasi concurrit infamia, ex cessione bonorum, & quæ eam sequitur, venditione.

Sed de illo paucis videamus, an cessio bonorum faciat infamem? Et omnino statuendum videtur, non esse vere infamem, quoniam nec ex edicto, nec per sententiã notatur, & quia nullũ hic est delictũ, sed tantũ actionibus personalib. ex causa civili debitor obligatus est, utcũq; fortassis bona sua dilapidaverit: & beneficiũ legis q

impl

imploratur, infamia notari non potest. Quin imo, ut mox dicemus, beneficium cessionis ex L. Iul. non quibusvis decoctoribus, sed iis tantum qui fortunæ iniquitate facultatibus lapsi sunt, tributum est, quos ob eam rem infamia notari fuerit perabsurdum. Quin nec carcer, in quem creditores, qui solvendo non erant, olim detrudebantur, infamiæ notam inussisse videtur. Et quod ad hoc remedium, ex eo infamiam non contrahi, textus sunt expressi *in L. 11. C. ex quib. caus. infam. & in l. 8. C. qui bon. ceder. poss. in princ.* ibi, *salva existimatione*. Neque vero, ut Tr. existimat, ideo quod ignominiam irroget, flebile & miserabile beneficium dicitur, alias quę in iure miserabiles dicuntur personæ, ignominiosæ habēdæ essent, sed quod extrema illa ratio est, qua debitor se liberet à creditoribus, & qua omnibus exutus bonis ad extremam paupertatem redigitur. Et tamen pudorem suggillari, & maculam quandam aspergi, dubium non est tum *ex Orat. Cicer. pro Quint. tum ex Nov. 135. in fin. princ.* ibi, *ad ignominiosam vitam & cap.* 1. ibi *huiusmodi contumeliis*, & mox, *premi opprobrio ignominia*. Neque graviorem aut veram infamiam ex venditione bonorum irrogatam fuisse existimo: neque assentior Forner. qui 2. *select.* 27. debitores latitantes, quorum bona distracta fuissent re vera notatos infamia existimat ex d. Orat. pro Quint. Etenim Cicer. ignominiam cuius ibi meminit, non latitationi, sed publicæ bonorum subhastationi imputat, & ut causæ suæ serviat, gravius rem illam exagitare videtur. Moribus tamen & legibus procul dubio cessioni bonorum infamia annecti potest, quæ etiam, aut certe gravior aliqua ignominia per se consequi videtur, si more vel lege per modum aliquem ignominiosum cessio sit facienda, veluti Ludovici regis Galliarum eiusmodi legem refert. Forner. cit. loc. nostris autem legibus simplex professio sufficit *l. ult. d. cession. bonor. l. 2. C. Theodos. qui bon. ceder. poss.* Sed duo hic scrupuli incurrunt, 1. quorsum opus fuerit L. Iulia cum longe ante per leges, Portiam, Sempron. & Popil. prohibitum esset, ne pro debito pecuniario corpora civium obnoxia essent. 2. quod etiam post L. Iul. pænæ carceris & addictionis locus fuisse videtur *argument. l si victum* 34. *d. re iudic.* Responderi potest, tum quod propter malitiam & potentiam fæneratorũ repetita legē fuerit opus, & quod lege Iul. specialis ille modus evitandi carcerem fuerit proditus, tum quod legibus aliis privatæ illæ addictiones in servitutem fuerint potissimum sublatæ,

non

non autem simpliciter, ut debitores in carcerem coniicerentur: idque hinc apertissimum est, quod ex L. Iul. per cessionem demum carcere vitatur *l. 1. C. d. cess on. bonor.* Quin & amplius L. Iul. iis tantum qui non sua culpa facultatibus lapsi essent succurrisse videtur, non decoctoribus & bonorum dilapidatoribus: quæ communissima Dd. sententia est, ut apparet ex *Ias. in § ult. Inst. d. act. n.* 18. *Matth. Bruno d. cess. bonor. quæst. 5. quarta quæstionis princ.* & confirmatur ex *l. 1. C. Theodoss. qui bon. ced. possess.* de quo pluribus agit *Hottom. illustr. quæst.* 26. Et hac tamen in re videtur Iustin. novum plane ius constituisse *in Nov.* 135. ex qua ij qui fortunæ iniquitate citra culpam suam facultatibus lapsi sunt, bonis cedere non tenentur, sed sufficit iuramentum illos præstare, quod nullam pecuniam reliquam habeant, & cedere actiones. Ex quo paradoxon hoc efficitur, iure nostro Iust. cessionem bonorum sublatam videri, siquidem eo beneficio uti non permittitur decoctoribus, cæteris autem humaniori remedio est succursum. Vt tamen hic notetur, quod *d. nov.* 135. à recentioribus ex Græcis exemplaribus sit inserta, ut proinde eius priscis interpretibus incognitæ vix in foro ratio haberi possit. Ex quibus expedita sunt quæ lit. A. & B. tradit Tr. Illud autem paulò insubtilius quod *in fi. d. lit. B.* ius rigidum vetus, reductum esse ait iure Saxon. siquidem verum est, quod Tr. *supra part.* 1. *disp.* 1 *th.* 10. tradit ius Saxon. à Carol. Magno anno Christi 810. Saxonibus cócessum, post anno 999. ab Ottone 1. confirmatum esse: ius autem civile nostrum demum sub Lothario Saxone ex Bibliotheca Florentina broductum & in scholis tradi cæptum est: & priscos illos Saxones, antiquitatum Romanarum imperitos fuisse, ultrò manifestum est.

LIT. C.

Debitoribus.] Etiam filiisfam. quoniam scilicet & ipsi ex contractibus suis tanquam patresfam. obligantur, & conveniuntur *l. filiusfam 39. d. O. & A.*

Quam fœmina.] Nam & fæmina ex contractibus suis obligatur & convenitur. Neque hoc negat *Covar. 2. variar. resolut.* 1. sed ex speciali privilegio iuris novissimi mulierem propter debitum civile in carcerem duci posse negat, *authent. hodie novo iure C. d. custod. reor* Sed animadverto, quod non rectè expressit Tr. illud quæri posse, an

fæmina ad evitandum carcerem bonis cedere teneatur. Quod sane mihi negandum videtur: quia aliâs redigeretur ad instar masculorum, & privilegium ipsi concessum inutile & elusorium ipsi redderetur. Et verò si nullo modo propter debitũ civile in carcerẽ coniici potest, neq; ut bonis cedat pro euitando carcere cogi poterit: cum præsertim Iust. in d. auth. hanc præscripserit formam, ut contra mulierem non respondentem executio in boni fiat. Cæterum Duar. & Zas. citatis loc. obiter & trib. tantum verbis tradunt, mulierem bonis cedere posse, quod certum est: sed Wesembec. quem itidem Tr. pro se adducit fæminas quidem bonis cedere posse ait, sed si non cedant, in carcerem coniici posse negat: quod prorsus iisdem ferè verbis à Treut. pro diss. citatus, tradit *Matth. Brun. in quæst. 1. quart. quæst princ.* ubi notat per ius novissimum, iuri veteri esse derogatum: & hæc sententia vera est, à qua si dissentit Tr. procul dubio errat. v. tamen *not. inf. hac th. lit.* H.

An Ecclesia.

Etiam Ecclesia.] Hoc ita per textum à Tr. citatum *in Nov.* 3. etiam probat *Brun. quæst.* 2 *quart. quæst. princ.* ubi plures allegat. Equidem hoc fieri posse, & factum esse *d. Nov.* probat, sed factum Iustin. improbat. Et existimarim cum Ecclesia procedendum vel ut cum fæmina, iuxta *auth. hodie novo iure. C. d custod. reor.* Vel iuxta *Nov.* 135. quam quidem *Nov.* qui agnoscit, (Dd. autem vulgò eam ignoraverunt.) & agnoscit eam & sæpius citat Tr. manifesto errore affirmabit, quod Ecclesia bonis cedere teneatur: quoniam si iuxta *d. Nov.* non cogitur id facere qui fortunæ iniquitate ad paupertatem redactus est, multo minus tenebitur Ecclesia, quæ nunquam intelligitur dolosè dilapitare bona imò *in Nov.* 3. per opera misericordiæ & beneficentiæ, & clericos supernumerarios ad egestatem delapsa proponitur: & licet hic animadvertere Tr. incuriam quin potius contradictionem qui hac *th. lit. I. ex d. Nov.* 135. notat non teneri bonis cedere, qui casu ea amisit.

Heres non conficiens inventarium.] Illud constat ex constitutione Iust. *in l. ult* §. *fin. autem hoc* 14. *C. d. iur. deliber. Nov.* 1. *cap.* 2. quod heres teneatur in solidum legatariis & creditoribus, licet hereditas revera solvendo non sit: ideoque licet hereditariis bonis cedere se dicat, non liberabitur. Sed hoc quæritur, an audiri debeat, si omnibus bonis suis cedere velit: quod cit. *Brunus quæst.* 6. *quæst. quart. princ. in pr.* tanquam liquidem ex Dd. negat, hac ratione, quod beneficio

cessionis

cessionis non utantur debitores dolosi: atquin heres qui inventarium non conficit, à Iust. præsumitur hereditatem expilasse: & hanc sententiam ampliat Brun. procedere etiam in eius debitoris, qui iam bonis cesserat, herede, si non confecto inventario, adiverit hereditatem. Quod sane paulo videtur durius, cum iam defuncto ius fuerit quæsitum: quod licet non transeat in heredem, tamen heredi ut debitori ex propria persona tanto facilius concedendum videtur, vel quod defunctus qui iam bonis cesserat, non solvendo fuisse præsumitur, vel quod heres fiducia cessionis iam factæ adivisse hereditatem & inventarium omisisse credi potest. Sed & in priori casu quem tractat Treut. dubito an præsumptio illa Iust. sufficere debeat ad excludendum cessionis beneficium, quod quidem, postquam rationi iuris repugnare creditur, ut pro debito pecuniario persona capiatur & in carcerem detrudatur, in dubio extendendum potius quam restringendum videtur. Et est hic non verus dolus, sed quem Iustin. intervenisse fingit, huic præcipuè fini, ut heredes deterreret à veteri remedio iuris deliberandi, & novo inventarij uti cogeret. Et cum adeo quis ex iusta causa possit occultas esse velle vires patrimonij, & tamen ex constitutione Iust. etiam qui remedio deliberandi usus est, in solidum teneatur, apparet nec ex vera quidem ratione dolum præsumi. Nihil autem pro hac sententia faciunt adducti à Tr. textus *ex d. ult.* §. 14. *C. d. iur. deliber. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2. quin potius eam oppugnant, & omninò in solidum obligari heredem probant. Et tamen facilis responsio est, hanc esse Iust. sententiam, quod heres iam non possit amplius prętendere hereditatem non esse solvendo, sed etiam ex propriis bonis satisfacere teneatur: unde ad adimendum ei miserabile cessionis beneficium male infertur, utcunq; etiam in iure errasse heredem proponas: neq; enim ignorantia huiusmodi iuris positivi dolum, quin nec latam culpam inducit, ut notatum supra *disp.* 4. *th. ult. lit. B.*

Debitor fisci.] De iis qui tributa non solvunt, sancitum est *in l.* 2. *Cod. d. exactor. tribut.* ut non carcere sed custodia libera militari contineantur, & si porrò contumaciter cessent, bona ipsorum distrahenda. Ex qua efficitur multò magis liberari debitorem, si cedat bonis: & cum tributa sint onera bonorum, qui nihil in bonis habent, nec quidem tributa solvere tenentur. Alia ratio esse videtur debitoris, qui ex contractu Fisco est obligatus, quem non habere

beneficium cessionis, communior videtur esse opinio, ut notat *Ias. in §. ult. Inst. d. act. num.* 14. quamvis contrarium ibi. teneat *Ioh. Fab. per §. item si ven. Inst. d. societ.* ubi proponitur socius bonis cessisse & ideo propter publica aut privata debita substantia eius venisse: & regulæ tamdiu standũ est, donec probetur exceptio: adde de subditis ad collectas obligatis *Matth. Brun. quæst. 9. quæst. quart. princip.* ubi cum Dd. negat hoc casu subditos bonis cedere posse, quod tamen videtur esse contra *d. l. 2. C. d. exact. tribut.* neque satis videtur probanda distinctio inter debitorem qui non est solvendo, & qui bona habet: siquidem ex cessione ipsa non sufficere bona, colligitur. Neque videtur huc pertinere *l. 5. C. qui bon. ced. poss.* sed ad eas impensas, quas ad honores vocati V. C. in spectacula & ludorum editiones, facere tenebantur: quamvis ratio illius textus huc accommodari possit, quod invidiosum sit, ita collectis & tributis onerare subditos, ut bonis cedere teneantur, sed onera illa pro modo substantiæ exigi debent: & cum non habeant metuere carcerem, iuxta *dict. leg. 2. C. d. exact. trib.* non est cur ad remedium cessionis confugiant.

Dummodo debitum agnoscant.] Ait eum demum bonis cedere posse, qui agnoscat debitum &c. cæteroquin audiri non debere, ut est *in l. pen. d. cession. bonor.* iuxta editionem Florent. nam aliàs deesse ibi negationem notat Accurs. Sed illa procul dubio lectio rectius se habet, quoniam exactè proponit tres modos, agnitionem debiti, confessionem in iure & condemnationem, ex quibus nihil si fiat, audiendum negat debitorem, aliàs simpliciter dixisset, debitorem esse audiendum. Duplicem rationem ibid. reddit Accurs. alteram à præiudicio creditorum, qui aliàs, si postea quid acquireret debitor, non haberent actionem paratam in residuum: alteram à præiudicio debitoris, & quod intersit reipubl. ne quis ultrò dimittat bona sua: quod etiam rationis non est, ut fiat, antequam urgeant creditores: & cum agnitione debiti locum quisque facere possit cessioni, merito non auditur, si quis ante cedere velit. Cum hoc autem vix consistere posse videtur quod subiicit Tr. etiam eum qui non conventus est, bonis cedere posse: quoniam & agnitio debiti, & in iure confessio, & condemnatio, citra quæ fieri cessio non potest, præsupponunt conventum fuisse debitorem. Et prorsus itaque vitiosè à Treut. adducitur *l. pen. d. cession. bonor.* quæ vel maximè hanc sententiam

tentiam oppugnat: sicut nec quicquam eum iuvat *l. ult. D. eod.* quoniam etiam qui agnovit debitum conventus, qui confessus aut qui condemnatus est, postea extra iudicium sola declaratione voluntatis bonis cedere potest. Neque alia sententia est *d. l. ult.* quam *l. 2. C. Theodos. qui bon. ced. poss.* & quæ inde desumpta est *l. 6. C. eod.* quod citra ullam solennitatem verborum sola professione cessio fieri possit. Et facit quod cessio est remedium subsidiarium introductum ad evitandum carcerem, quem metuere non potest, qui nondum à creditoribus convenitur. Et hanc sententiam tanquam communem & certam, nullo citato dissentiente proponit *Matth. Brun. quæst. 7. quæst quart. princ.* quod debitor non molestatus à creditoribus non possit cedere bonis.

LIT. D.

Omnium bonorum.] Sub his etiam comprehendi ait commoditates rerum alienari prohibitarum, veluti usus fructus, feudi. Atquin usus fructus non est res alienari prohibita, iuxta notata supra *part. 1. disp. 16. th. 10.* In feudo limitationem supra notatam addendam putaverim, ut relinquatur vasallo, unde servitia domino præstare possit.

In cessione filijfam. etiam profectitia.] Matth. *Brun. quæst. quart. princ. in pr. num. 4.* refert opinionem quorundam, non venire profectitia, quod scilicet ea bona patris non filij sint. Sed ipse rectius sequitur Bart. & alios affirmantes, quorum opinio probatur. 1. *ex l. 7. C. h. t.* ubi illa verba, *quod parte volente possident*, non nisi de peculio profectitio videntur accipi posse: quoniam separatim eod. loco fit mentio bonorum castrensium, & adventitiorum, illis verbis, *quæ patribus acquiri vetita sunt.* 2. quod ex contractu filijfam. tenetur pater quantum in peculio est. Atque hinc limitat istam opinionem idem Brun. ex Bart. nisi filiusfam. conveniatur ex delicto. Sed videtur ibi confundere persequutionem ex delicto criminalem, ubi res liquida est, & civilem, quæ quidem directò contra patrem etiam de peculio, non datur, sed datur per obliquum, si filiusfam. ex causa delicti civiliter sit condemnatus *l. 3. §. 11. d pecul.* Et itaque hoc etiam casu profectitia cessione facta continebuntur, aut utique in executionem iudicati capientur; quoniam communis opinio habet, in

obligatione descendente ex delicto non esse locum cessioni, quia hic militet regula, eum qui non habet in ære, luere in corpore, *Covarr. 2. resolut. 1. nu. 8. Ias in §. ult. Inst. d. act. n. 13.* nisi tamen ipse actor acquiescat in cessione, quoniam ubi civiliter agitur, nullum interesse habet magistratus.

An ita omnia bona.] Quæritur an ei qui cessit bonis, aliquid ad victum quotidianum necessariò sit relinquendum. Et affirmās quidem Tr. sententia æquitatem sapit, & probanda fortassis esset, nisi hoc præcipuè obstaret, quod beneficium competentiæ certis personis speciali ratione concessum, ut non in id nisi quod facere possunt conveniantur, nihil aliud tribuere videtur, quam ut ita solvere cogantur, ut habeant tamen & retineant, unde parent alimenta, ne egeant, *argument. l. inter eos 19. in fin. d. re iudic.* & ita *Iohan. Fab. Ias. Zas.* & alij docent *in §. sunt præterea 36. & seqq. Inst. d. action.* & quamobrem V. C. patronus & parens hoc beneficio adiuventur, hanc rationem reddunt, quod cum liberi & liberti parentibus & patronis debeant reverentium, & alimenta, improbè petant, quod sint restituri, & idem Zas. post alios *in l. miles 6. in princ. d. re iudic.* ita describit illud beneficium competentiæ, quid personæ quædam non possint exigi: usque ad sacculum & peram, sed, ut relinquantur iis alimenta, ne egeant. Certum autem est eum qui beneficium competentiæ habet, bonis cedere non teneri: eoque ex sententiâ Treut. hoc absurdum sequetur, omnes debitores, si eis alimenta relinquenda sunt, redactos esse ad instar eorum, quibus beneficium, competentiæ tributum est. Atquin constat *ex § ult. Inst. d. act.* beneficium hoc competentiæ, in bonis postea quæsitis, si post cessionem in residuum conveniantur, debitoribus demum competere. Possit equidem differentia hæc dari, quod alij debitores cogantur prius cedere bonis, & tum demum ipsis aliquid pro alimentis relinquatur: sed ita iniurij videantur creditores, si hoc tantum agant, ut iniuria afficiant debitorem, à quo postea revera ultra id quod facere possit non sint impetraturi. Et sententia hæc contra Treut. communior est, ut apparet ex *Ias. in d. §. ult. Inst. d. action.* ubi hanc quorundam refert limitationem, quod debitori relinquenda sit vestis aliqua vilis & pannicularia, qua tegat nuditatem, & qualis relinquatur damnatis ad mortem: idq; ipsum statuit *Brun. quæst. 3. pr. n. 9.* ubi addit aliam limitationē, quod iure Canon. alimenta sint relinquen-

da: ut

da: ut mihi sententia Treut. autoritate, & ratione, destitui videatur. Et ipsa *l. 6. d. cess bonor.* ipsum oppugnat, quoniam quod misericordiæ causa relinquitur, non fit iuris necessitate, & speciale est, quod ita ex misericordia relictum, ab aliis supervenientibus creditoribus auferendum esse negatur. Quod attinet *l. 33. & ult. d. reb. autor. iudic.* ex diversissimis nihil inferri potest. Ipsa quoq; citata *Nov. 135. in pr.* Tr. oppugnat, quoniam *d. Nov.* ex hac ipsa causa, iis qui fortunæ iniquitate pauperes facti sunt, necessitatem cedendi bonis imponi noluit Iustin. ne ad victus inopiam redigantur. Et hinc notabilissimum hoc & paradoxon inferri videtur, omnibus iis, qui citra culpam suam ad inopiam redacti sunt, ferè beneficium competentiæ tributum esse. (add. lit. H.) Facit deniq; pro communi opinione, quod iure veteri debitor blanè nudus & omnibus bonis exutus in carcerem detrahebatur, aut creditoribus addicebatur: quam solam iniuriam & molestiam sustulit L. Iulia.

LIT. E.

Cessio fit etiam extraiudicialiter citra solennitatem verborum, sola professione & voluntatis declaratione *l. ult. h. t. l. 6. C. eod. l. 2. C. Theodo. eod.* ut ridiculum sit dubitare, an litis contestatione sit opus: quippe quod cessio sit actus debitoris, qui fit μονοπλεύρως. Sed Tr. hic fallaciam homonymiæ & diversæ quæstionis committere videtur: neque enim hoc in controversiam venit apud Dd. & *Matth. Bru. quæst. 15. pr.* non an in cessione facienda, sed an in causa cessionis litis contestatio requiratur. Equidem negotium hoc apud prætorem olim tractabatur, eoq; propriè loquendo litis contestatio non fiebat: sed procul dubio tamen ubi, an cessio bonorum admittenda nec ne esset, controvertebatur, contradictio & causæ cognitio intercessit, quam contradictionem non ineptè litis contestationem Dd. appellare videntur, quæ interponatur à creditoribus, qui vel propter qualitatem personæ vel debiti aut alias causas, cessionem non esse admittendam contendant.

An renuntiari huic beneficio potest.] Quæstionem hanc satis latè tractat *Brun. quæst. 20. princip.* & in utramque partem autoritates & rationes adducit: & pro affirmativa sententia quam Treud. sequitur facit. 1. quoniam quilibet renuntiare potest favori pro se introducto *Nov. 136. capit. 1. leg. 41. d. minor. l. 29. Codic. d. pact.* 2. quia

An renunciari poss hoc beneficio.

quia poteſt renuntiari tacitè *argument. l. ult. C. h. t.* ſi videlicet quis acceperit dilationem quinquennalem, qua elapſa ad bonorum ceſſionem amplius non admitti videtur. Pro negante ſententia facit. 1. quia per pactum non poteſt quis ſe obligare ad carcerem, in quo eſt ſervitutis ſpecies: & hinc 2. quoniam pactum tale videtur eſſe contra bonos mores & humanitatem. 3. quod creditor tantum hoc agere videatur, ut moleſtia & iniuria afficiat debitorem. Quibus tamen rationibus pro Treut. non difficulter ſatisfieri poſſe videtur, hac unica ratione & reſponſione, quod carcer & illa ſervitutis ſpecies, non inducatur ex pacto, ſed per pactum removeatur obſtaculum L. Iul. & reducatur res ad conſtitutionem iuris prioris, ex quo creditor in carcerem poterat coniici. Et ſane ſi hoc, ut pro debito civili quis in carcerem coniiciatur, rationi, humanitati & bonis moribus adverſaretur, nec ille quidem debitor, qui bonis cedere recuſat, carceri mancipari poſſet, contra *l. 1. C. qui bon. ced. poſſ.* Accedit, quod ille effectus renuntiationis eſſe poteſt & utilitas, ut debitor tanto diligentius res ſuas curet, ut periculum carceris evitet. Neque verò hac renuntiatione ſolam vexationem debitoris captare videri poſſunt creditores, ſed commodum, ſuum, quoniam qui carcerem metuunt, aut in carcere ſunt, aliquam debiti expeditationem excogitare ſolent, quam negligerent fortaſſis, ſi ſimplici ceſſione bonorum ſe poſſe defungi ſciant, qui ſæpe etiam aliquas res ſupprimere præſumuntur, ex quibus ſuſtentare ſe poſſent. Accedit denique quod teſte *Brun. d. quæſt. 20 num.* 13. communis videtur eſſe ſententia, valere pactum, ut non ſoluto, debito, ſine alio proceſſu & condemnatione in carcerem quis ducatur. Et verò non abſurdè dicemus, non plane leg. Iul. ſuplatam pænam legis antiquæ, eoque non obſtante L. Iulia hoc operari poſſe renuntiationem, ut ceſſante eius legis beneficio iuri veteri incipiat eſſe locus. Sed ex adverſo ita replicari & diſputari poteſt, quod autori L. Iul. pæna legis antiquæ omninò diſplicuerit, eamque ita improbaverit, ut ob debitum civile aliquem in carcerem rapi, aut creditori addici noluerit. Et ſi aliter ſtatuamus, nullo negotio beneficium hoc eludetur, maximè ſi ipſi contractui initio renuntiationem adiectam proponas, quoniam homines egentes, & in futurum melius ſperantes, nihil recuſant. Facit *l. 2. C. d. exactor. tribut.* ubi carcer eſſe dicitur pro noxiis & ſceleratis hominibus: & *l. ob as 12. d. O. & A* Ex quibus ſponte

ſua

ſua corruit argumentum petitum à facultate renuntiandi favori ſuo. Ad alteram rationem de tacita renuntiatione reſponſio duplex eſt. 1. procedere argumentum in iiſdem terminis, non in diverſis: quam diverſitatem inducit tum dilationis conceſſio, quæ in expreſſa renuntiatione nulla eſt, tum quod dilatio ſub hac tacita conditione, ne poſtea bonis cedere liceat, fieri videatur. 2. non videri verum, quod ex Dd. tanquam receptius tradunt *Brun. cit. loc. & Covarr. 2. variar. reſolut. 1. nu.* 7. ei qui dilationem quinquennalem impetravit, facultatem poſtea cedendi bonis eſſe ademptum. Neque enim unquam videri debet ius illud ademptam, quod lege communi conceſſum eſt: Neque mihi dubium eſt, quin hæc interpretatio prorſus ſit aliena à mente *Iuſt. in l. ult. C. qui bon. ced poſſunt*, quippe in qua Iuſt. in pari numero creditorum & debiti quantitate, tanquam humaniorem ſententiam præfert quæ concedit dilationem: quæ humanitas nulla videretur, ſi poſtea bonis cedere non liceret: cum præſertim qui dilationem impetrat, ſatisdare creditoribus teneatur *l. 4. C. d. precib. Imperator. offer.* hic enim finis dilationis unicus eſt, ut reſpiret interim debitor, & cogitet de ratione ſatisfaciendi creditoribus: eoque quod humanitatis cauſa conceditur, intelligendum eſt fieri ſalvo iure communi, ne aliâs in odium retorqueatur: & omnis tacita conventio, neceſſe eſt ut fundetur in præſumpta voluntate contrahentium, aut ex facto aliquo inducatur, cuiuſmodi nihil hic occurrit. Illud autem magis eſt, ut ex ratione iuris noſtri falſum ſit, quod valeat pactio qua quis ad carcerem ſe obliget, nullo præcedente proceſſu: & eleganter ait *Covarr. d. num.* 7. non valere iure pactum, quo debitor conſentiat pro ere alieno prius in carcerem deduci, quam in bonis excuſſio fiat, quoniam ita tollatur ordo à iure introductus in favorem libertatis humanæ, de quo pluribus *in fin. diſput. 28. th 4. lit. F.* Et hæc opinio communis eſt teſte Covarr. cit. loc. quam in effectu ſequitur *Brun. quæſt. 20. princ.* ubi renuntiationi illi L. Iul. hunc ſaltem effectum tribuit, ut debitor in bonis poſt ceſſionem quæſitis in ſolidum excuti poſſit.

Quinquennalis dilatio.] Huius origo non videtur altius repeti poſſe, niſi ex conſtitutione Gratiani *in l. 4. C. d. precib. Imper. offer. & Iuſtin. in l. ult. C. h. t.* ex quibus textibus *Cuiac. 2. obſ.* 10. repetit morem Galliæ, in qua princeps aliquando debitoribus dilationem concedere ſolet. Qua in re videtur lapſus Tr. dum originem huius dila-

tionis à Cuiac. proponi ait. Esse autem à debitore præstandam fideiussionem, (ad quod male allegati sunt à Treut. Wurmbser. & Geil) *in dict. leg.* 4. expressum est: quod intelligo, si aliàs non sint idonei fideiussores: tunc enim cavendum est, post elapsam dilationem debitum solutum iri: eoque nec dubium est, hoc casu fideiussores datos ante elapsam dilationem conveniri non posse, sed altero casu, quo antea fideiussores dati fuerunt, res non caret dubitatione, an dilatio illa etiam fideiussoribus prosit: quod ego, quicquid etiam in contrarium alleget & disputet *Brun. quæst. princ.* 8. cum Tr. magis affirmandum esse existimo. Etenim hæc exceptio non est merè personalis sicut bonorum cessionis, aut competentiæ, sed respicit ipsam exactionem, ut aliquo tempore differatur, & habet ad instar pacti temporalis, ex quo nata exceptio procul dubio fideiussori prodest. Et cum creditorum ipsorum consensu hæc dilatio concedi soleat per *l. ult. Codic. h. t.* merito effectum differendi actiones creditorum, habere debet, in quorum persona aliàs contra naturam dilationis, nihil esset operatura. Facit, quod finis dilationis nullus alius est, nisi ut spatium debitoribus detur sese recolligendi, & elapso tempore creditoribus satisfaciendi: ut meritò exceptio ordinis & nondum factæ excussionis fideiussoribus debeat prodesse. Accedit denique, quod aliàs iniqua conditio inferretur fideiussoribus, & ipsis per iniuriam auferretur beneficium excussionis, quandoquidem fortassis solvendo esset creditor, & utique pro parte si prius ad ipsum iretur: & beneficium principis ita explicandum est, ne tertio inferat præiudicium.

Non verò ad usuras medij temporis.] Vix probandum videtur, quod dilatione concessa quinquennali, sistatur cursus usurarum: quoniam ita intelligenda est concessa dilatio, ut obligatio pristina maneat in suo statu: neque video, quomodo non iniuria fiat creditoribus, si iis ius, præsertim ex stipulatione quæsitum, auferatur. Et cum natura dilationis sit, ut actionem differat, non mutet obligationem, idem in hac dilatione statuere, & cum non probetur exceptio, regulam sequi debemus. Neque obstat *l. ult. Cod. d. usur. rei iud.* ex qua tempore illo, quod iudicatis datum est, non currunt usuræ. Etenim hoc fit vel ideò quod finito illo tempore aggravatur debitor, & præstat usuras centesimas, vel potius quia ita

placuit

placuit legislatori, neque à casu diverso citra textum ita concludere licebit. Quod præsertim illa dilatio sit iuris ordinarij, sed hæc nostra prorsus extraordinaria. Et ita statuit *Salicet. in leg. 2. Cod. d precib. Imp. offer. nume.* 3. quod usuræ ante debitæ porrò currant, & ipse *Moller.* 4 *semestr.* 7. hoc à Dd. uno ore affirmari fatetur quorum autoritatem potius quam unius Moller. sequi debeat Treut. Et inepta est Moller. ratio, quod tempore bell spoliatus non conveniatur nisi in quantum facere possit: hoc enim etiam admisso, quod tamen nulla ratione probatur, nulla consequentia est: tum quia diversa ratio est debitoris per iniuriam spoliati, & cuiuscunque alterius quinquennalem dilationem petentis; tum quia aliud est, interim inhiberi usuras, & conveniri in quantum facere quis potest.

LIT. G.&G.

Cessione facta venduntur bona, ex iis quantum fieri potest, satisfit creditoribus, ut hic tradit Tr. Et hæc potestas vendendi bona fit creditoribus, ubi primum debitor se bonis cedere professus est: ut tamen ante venditionem pænitere & revocata professione de cedendo se defendere possit *l.* 3. *h.t.* Operatur autem cessio nihil nisi exceptionem qua conventus debitor interim se tuetur, usque dum ad pinguiorem fortunam pervenerit, in quem eventum pristina actio in residuum creditoribus est salva *leg.* 4. *h. t.* §. *ult. Inst. d. action.* Ideoque rectè ait Treut. quod per cessionem non tollatur obligatio per iam dictos textus, *iuncta leg.* 1. *Cod. h. t.* ubi negantur debitores esse liberati: idque rectè contra quosdam Dd. defendit *Ias. in d.* §. *ult. Inst. d. act. in princ.* quod nec civilis nec naturalis sublata sit obligatio, sed tantum, competat exceptio, eaque non peremptoria, quæ aliâs obligationem naturalem sublatam arguit, sed tantum temporalis: & ineptum est, quod *Cyn. in l.* 1. *C. h. t. nu.* 9. tradit, sublatam esse obligationem civilem, sed remanere naturalem, ex qua agi possit, propter civilis obligationis quæ initio adfuit, concomitantiam.

Vnde cautionem præstare tenetur.] Infert hoc Tr. ex eò, quod obligationem non esse sublatam dixerat. Quæ consequentia nulla est, quod aliâs omnem eum qui obligatus est, ad cautio-

nem præstandam teneri, efficeretur: & cum certa ratione iuris obligatio in residuum, & in quantum facere potest, salua sit, nihil est cur cautione miserum debitorem gravemus. Et verò aut intelligitur cautio nuda & repromissio, & ea nihil plus operari possit quam obligatio pristin: aut fideiussoria vel pignoratitia: & hanc frustra quis exigat ab eo qui bonis cessit, cuius præstandæ necessiate si quis eum adstringat, plane beneficium cessionis tollere videatur, cum nec pignora dare possit, qui omnibus bonis cessit, nec quisquam facile pro eo fidem sit interpositurus. Nec video, cui bono futura sit, ea quam *Brun. quæst. 7. princ.* requiritur, cautio iuratoria: neque minus arbitrarium aut commentitium potius videtur quod idem Brun, sub hypotheca omnium bonorum, videlicet futurorum & stipulatione pænali, debitorem vult cavere: cum præsertim hæc cautio aut stipulatio pænalis obligationi faciendi aut dandi sub die ut plurimum adiici soleat, & nulla ratio sit ut huiusmodi cautione debitor oneretur. Et quæ pro hac sententia afferuntur, omnia sunt argumenta à diversis: & 1. *ex l. 4. C. d. precib. Imp. offer.* quoniam alia ratio est debitoris, qui bonis cessit, alia eius qui dilationem quinquennalem impetravit, 2. *ex l. si debitori 21. d. iudic.* quoniam alia ratio est debitoris, qui fatetur se debere, & terminum ad solvendum petit. 3. *ex l. si constante 24. solut. matrim.* quoniam alia ratio est mariti ad inopiam vergentis & dotem retinere volentis, cuius dotis favor etiam hic aliquid operatur. 4. *ex cap. Odoardus d. solut.* quoniam alia ratio est eius qui bonis cedere non tenetur, & meritò ob id cautione gravatur. Notandum tamen quod fideiussores illi non simpliciter cavent, sed in eventum quo debitor ad pinguiorem fortunam pervenit.

In terris Saxonicis.] Provincialibus scilicet, sub Electore Saxoniæ. Constitutio autem ista cuius meminit Tr. inter cæteras Electoris Augusti, non extat, sed refertur à *Moller. 1. semestr. cap. 7.* ubi scribit, quod ipse Elector ita eam constitutionem declaraverit, quod tantum locum habere debeat ipsis creditoribus rem publicè proscriptam, ementibus. Neq; propterea ius nostrum civile *in Nov. 4. c. 3.* quod eiusmodi regressum intra annum non admittit, rigoris accusandum est, siquidem accuratâ prius æstimatione rei factâ creditori rem vult addici.

LIT.

Lit. H.

Ait in thesi debitoribus esse permissam cessionem bonorum: & hac lit. subiicit limitationem, *dummodo beneficium competentiæ non habeant.* Quod parum subtiliter dicitur, quia nemo prohibetur ne bonis cedat, sed hæ personæ cedere non tenentur: & limitatio ista huiusmodi propositioni subiicienda erat, quod debitores volentes evitare carcerem bonis cedere teneantur.

Professores, Doctores] Hoc quod beneficium competentiæ his quoque detur, probatur. 1 à comparatione eorum cum militibus armatæ militiæ, qui hoc remedio utuntur *l.6.& 18.d.re iudic.* 2 ex *l.medicos. 6. C.d.professor. & medic.* ex qua *Brun. quæst.* 10. *quæst.* 4 *pr.* probat, professores & Doctores non posse coniici in carcerem pro debito civili. Sed prior ratio meritò improbatur à *Zas.in d.l. miles 6.in princ. d. re. iudic. num.* 8. quod scilicet nominatim in textibus citatis fiat mentio militiæ armatæ: & aliâs ad omnes eos qui in officiis sunt publices, & studiis liberalibus operam navant, hoc extendi posset: quamvis sicut armatæ, ita & togatæ militiæ sui sint gradus, sicut ipse Brun. cit. loc. hoc privilegium tantum ad Doctores actu legentes, vel advocationem exercentes, restringit. Neque absurdum sit sequi hic communem opinionem, de qua fatetur ipse Zas. & hoc privilegium tribuere dignitati, propter quam eiusmodi personæ in carcerem detrahi non possint: licet fatear ab hoc privilegio non omninò rectè concludi & inferri ad beneficium competentiæ: nam & fæminæ in universum hoc privilegio utuntur, ne includantur carceri *auth. hodie novo iure, C. d. custod. reor.* quibus tamen in genere non facile quis concesserit beneficium competentiæ: quod idem beneficium non temerè quis extenderit ad omnes eos qui fortunæ iniquitate facultatibus lapsi sunt, qui tamen *ex Nov.* 135. cum bonis cedere non teneatur, procul dubio nec carceri poterunt mancipari. Et utcunque quis igitur beneficium competentiæ Doctoribus & Professoribus concedere nolit, hoc tamen concedit, ut mitiori via hic procedatur, nec ignominiosa cessio bonorum ipsis iniungatur, neque eorum bona à creditoribus occupata publicè distrahantur.

Non etiam clerici.] Non competere clericis beneficium illud,

ne conveniantur ultra quam facere possunt, probare conatur *Duar. ex cap. Odoardus d. solut.* sed longè rectius Zas. contrarium ex isto capitulo adstrui animadvertit, quod videlicet Clericus bonis cedere non teneatur, eoque ipsi necessitas cavendi in eventum pinguioris fortunæ imponitur. Animadvertendum hic tamen, hæc tria quidem connexa esse & sibi affinia, bonis non teneri cedere, non conjici in carcerem, & non conveniri ultra quam facere possis: sed tamen non esse eadem, neque ab uno ad alterum necessariam esse consequentiam. Et defendi potest esse quibus non competat beneficium ne in solidum conveniantur, qui tamen nequeunt in carcerem conjicj, & fortassis nec bonis cedere teneantur. Qui bonis cedere tenentur, hoc ipsum palam profiteri, & bona sua creditoribus occupanda, & publicè non sine ignominia permittere & reliquere coguntur, quod nisi fecerint, in carcerem detrahuntur. Qui privilegium competentiæ habent, nullo modo hoc facere tenentur, neq; si non fecerint, contumacia illis aliqua imputari potest. Qui simplex privilegium habent, ne in carcerem detrudantur, hi quidem, si non cedant bonis, privilegium illud non amittent: & tamen quia ex ratione iuris aut satisfacere aut bonis cedere obligati sunt, autoritate magistratus bona ipsorum capientur, & distrahentur: ex quo eadem effectu, quæ ex cessione bonorum, infamia consequi videtur. Et tamen ad officium magistratus pertinebit, habere rationem qualitatis personarum, & dignitati earum hoc tribuere, ut mitiori via creditoribus satisfat, & si obtineri possit, ut alimenta iis relinquantur: quod quis fortassis in genere tentaverit in omnibus iis, qui fortunæ iniquitate pauperes facti sunt, *argument.* Nov. 135. cum sint miseratione digni, quæ suadet alimenta relinqui *arg. l. 6 d. cession. bonor.*

Maritus in restitutione dotis.] Imò etiam si ex aliis causis ab uxore conveniatur *l. non tantum* 20. *d. re iudic.* adeo ut nec pactum in contrarium valeat *l.* 14. §. 1. *solut. matrim.* cui tamen obstare videtur *l. nu.* §. *cum autem* 7. *Cod. d. rei uxor. act.* ibi, *nullo pacto adhibito.* Sed respondendum est, vel quod argumentum à contrario sensu contra expressum textum non valeat, vel illud cum Accurs. ad pactum, quod modum & tempus restituendæ dotis concernit, est referendum.

Sacer

Socer in datione.] Post illud de marito, in hæc verba subiicit Treut. *socer in datione, pater quidem uxoris constante matrimonio &c.* Quæ oppositio infert, per socerum in specie intelligi patrem mariti: sed repugnant verba, *in datione*, quia dotem non mariti sed uxoris dat pater. Sed potius Treut. in genere videtur usurpare voluisse nomen soceri, quoniam mox utriusque soceri, patris uxoris, patris mariti, distinctim facit mentionem, & quid in utroque iuris sit, proponit: itaque verba, *in datione*, quæ restrictiva sunt, à Treut. omittenda erant. Sed rem ipsam videamus. Moribus Romanis filiofam. uxorem ducente, dotem non marito, sed eius patri datam suisse constat, qui soluto matrimonio actione rei uxoriæ conveniebatur in quantum facere poterat, quod propter maritum patri quoque eius, uxor reverentiam debebat. Et apparet hinc, ineptè hic duplicem casum constantis aut soluti matrimonij distingui: quoniam dos non nisi soluto matrimonio repetitur, excepto unico singulari casu inopiæ mariti, quo ipso quoad hunc effectum matrimonium quodammodo pro soluto haberi videtur. Et hic nulla controversia est aut dubitatio, quin omnimodo pater mariti beneficio competentiæ utatur, nisi forte, quæ communis in hac materia limitatio est, dolo malo dotem dilapidaverit, idque ita in terminis statuit *Zas. libr. 1. intellect. singul. cap. pen.* In patre autem uxoris qui ad dotem promissam præstandam convenitur, res non satis videtur expedita. Etenim *in l. 17. in princ. solut. matrim.* etiam huic si ex promissione conveniatur, iustum esse dicitur hoc præstari: sed *in l. 21. d. re iudic.* hoc quidem iustum esse, sed alio nos iure uti respondet ICtus. Distinctionem suppeditant *leg. 22. in princ. d. re iudic. & l. pen. d. iur. dot.* inter casum constantis matrimonij, & eius dissoluti: ut illo quidem beneficium competentiæ habeat pater uxoris, sed isto regulariter non habeat & id tamen ex causa & persona ei aliquando sit accommodandum. Quæ distinctio in se satis perspicua est, & notata ab Accurs. quem sequutus est *Pacius cent. 5. quæst. 64.* sed scrupulum movet, quod simpliciter *in dicta leg. 17. solut. matrimonium & leg. 21. d. re iudicat.* dicitur, æquum esse hoc præstari patri uxoris: & tamen in hac alio iure nos uti subiicitur. Qua de causa *Duar. in leg. prima. solut. matrimon.* loca illa coniungenda, & alterum ex altero explicandum putat. Zas. *iam d. loc.* hæc ita componit, ut appareat eum

in fin-

in fin. d. l. 21. legisse, *sed & alio iure utimur*, (etenim particula, *&*, in exemplaribus non reperitur) quasi significare voluerit ICtus, quod præmiserat de beneficio competentiæ, in persona patris uxoris, non esse perpetuum, sed habere suas exceptiones, iuxta seq. *l.* 22. *& l. pen. d. iur. dot.* Quam sententiam Zas. cum probet Tr. nihil causæ erat, cur improbaret *Ant. Fabr.* 2. *coniect.* 14. qui eodem fine & sensu vult legi, *sed alio & alio iure utimur*: quamvis hæc paulò violentior sit emendatio. Plane si dolus soceri probari possit, etiam constante matrimonio eum ab hoc beneficio excludi rectè defendetur, de quo vide plura apud *Brun. quæst* 22. *quæst.* 4. *princ.* Illud constat, extraneum, qui dotem promisit, hoc beneficio non uti, de quo supra *disp.* 7. *th.* 12. *lit. B.*

LIT. I

Aut casu bona amiserint.] Vt videlicet hi non teneantur cedere bonis sicut nec illi quos cum his lit. præced. coniunxit, qui beneficium competentiæ habent. Et illud iam sæpe diximus probari ex *Nov.* 135. quam hic quoque citat Tr. eam autem interpretes veteres ignoraverunt, qui tantum abest, ut hanc limitationem probaverint, ut etiam his solis, qui casu pauperes facti sunt, beneficium hoc concesserint, iis autem constanter negaverint, qui dolo aut culpa sua bona decoxerunt. Ex quo sane colligi potest contra Tr. beneficium cessionis ferè hodie debere videri sublatum. Etenim sunt hec duo tantum genera debitorum, vel potius duo modi tantum labendi facultatibus, dolus culpavè, & iniquitas fortunæ vel casus: ex quibus debitores hoc modo lapsi cedere non tenentur, illi cedere non possunt. Nam ut illos ultrò cedere ponamus, credibile aut verosimile non est: & si his à creditoribus permittatur, fit ex accidenti, & speciali humanitati creditorum imputandum est.

LIT. K.

Aut hoc beneficio privati sunt.] Hæc recta limitatio est ad propositionem thesis, qua debitoribus cessio bonorum permissa dicitur, sed vitiosa connexio cum duobus præced. casibus, quibus debitores bonis cedere non tenentur, hi autem, ut maximè velint, non pos-

possunt, sed propter inopiam in carcerem detrahuntur. Exempla hæc refert Treur. 1. si debitor tempore contractus sciverit se non esse solvendo *argument. l. pen. d. iur. dot.* ubi etiam patri uxoris ex hac causa beneficium competentiæ negatur: & hoc tamen ita, si debitor fuerit in dolo & habuerit animum fraudandi creditorem: cæterum potest quis sperare, se ex pecunia mutuo accepta rem facturum, & tanto facilius creditoribus satisfacturum. 2 si ex delicto conveniatur ad pœnam pecuniariam; quod iam supra proposuimus ex *Covarr. 2. variamur. resol. 1. n. 8.* ubi hanc rationem reddit, quod hic pæna quoque pecuniaria resolvatur in corporalem, ex regula iuris, quod qui non habet in ære, luat in corpore. Qua in re videndum est, ne non ipse & alij errent, & regula illa iuris ad eum casum pertineat, quo de vindicando delicto per magistratum, agitur. Et quod ad rem nostram pertinet non existimo hunc finem fuisse & effectum incarcerationis, ut illam pænam loco debiti lueret debitor, & facultas petendi residui creditoribus esset adempta, sed ut debitor tædio & molestia carceris affectus de quacunque ratione expediendi debiti cogitaret: in quo cum iis quos citat lapsus mihi videtur *Brun. quæst. 17. quæst. 4. princ.* ubi existimat post incarcerationem creditorem amplius molestari non posse à debitoribus: cui sententiæ etiam hoc repugnat, quod nullus hic sit terminus iure nostro præfixus, intra quem debitor ex carcere liberetur: quod prorsus necessarium esset, si carcer in locum debiti succederet: neq; hoc modo creditoribus consultum foret, qui potius facultatem cedendi bonis debitori essent permissuri. Facit etiam quod L. Iulia nihil mutauit, nisi quod molestia carceris debitores liberavit, constat autem eos qui ex l. Iul. bonis cesserunt, in residuum obligatos manere. Et in hanc sententiam rectissime *Thessaur. decis.* 182. regulam illam de subrogandi pœna corporali in locum pecuniariæ, tantum locum habere ait, ubi agitur de pæna fisco debita: & ibid. magis probatur debitor etiam ex causa delicti, quoad interesse patris, bonis cedere possit: quod posterius tamen communissimæ sententiæ Dd. adversatur, qui debitori, cuius dolus argui potest, beneficium cessionis negant. Et quamvis dolus in delinquendo commissus, diversus sit à dolo à debitoribus aliis in dilapidandis bonis commissus, attamen nec isti quidem eo beneficio digni videntur, quod debitoribus sine culpa sua ad paupertatem redactis ex L. Iul. concessum est. Illa tamen

Dd. traditio de debitore fraudulento intelligenda est procedere in eo, qui fraudandorum debitorum causa, aut aliâs per luxum & prodigalitatem bona sua malitio è dilapitavit, de quo etiam tractat *Brun. quæst.* 28. *quæst.* 4. *princ.* Tertium exemplum Tr. est si debitor occultet bona neque ea creditoribus indicare velit. In quo videri possit quædam esse contradictio, quoniam qui occultat bona, iis cedere non vult, neq; cedit: nisi hoc ita explices, quod debitor quibusdam bonis cesserit, & quædam occultaverit: in cuius fraudis deprehensæ pænam cum & alia adhuc occultare præsumi possit, eo beneficio privetur.

THESIS V.

LIT. A.

Si quid in fraud. cred. De act. Pauliana.

Ait Tr. creditoribus provisum esse actione Pauliana contra debitores, qui distractionem metuentes aliquid alienaverint. Vbi verba, *distractionem metuentes*, ambigua videntur. Nam si ad proximum referantur de cessione bonorum, post quam demum distrahuntur bona, non videri potest ullum ius alienandi habere, qui cedendo bonis, ea omnia creditoribus permisit. Sed nimirum cessio fit non per traditionem actualem, eoque potest fieri, ut creditor aliquid retineat & distrahat, quod vel maximè tanquam in fraudem factum, actione Pauliana poterit revocari. Verum ad hunc casum minimè ista actio restringi potest: & videtur Treut. magis respexisse ad remotius & ad casum bonorum ex primo decreto possessorum, post quod, cum missio in universa bona fiat, non ut actualiter ea apprehendantur, sed ut in omnibus omninò pignus prætorium creditoribus constituatur, quod interim, dum si in possessione sunt, à debitore alienatum est, & ipsum procul dubio per hanc actionem revocabitur. Sed nec hoc quidem satis est, neque dubitari debet, quin etiam ad hunc casum pertineat Pauliana, quo ante missionem in possessionem creditor quid in fraudem alienavit: quod probatur ex generalitate edicti, & *ex l,* 15. 17. *& passim tot. tit. quæ in fraudem creditorum*, nam utiq; debitores etiam antea, dum metuunt ne exigantur & conveniantur, aut bonorum possessionem patiantur, aut bonis cedere cogantur, in fraudem creditorum alienare possunt.

Neque

Neque obstat §. *item si quis* 6. *Inst. d. action.* quoniam committitur in ea obiectione fallacia compositionis & divisionis, & verba, *bonis eius à creditoribus possessis*, non ad tempus factæ à debitore alienationis & traditionis, sed ad tempus movendæ actiones Paulianæ, sunt referenda, quæ scilicet tum datur, postquam distractis bonis compertum est debitorem non esse solvendo, & bona eius non sufficere creditoribus *l.* 1. *C. d. his quæ in fraud. credit.* quoniam ut huic actioni locus sit cum consilio fraudandi eventum concurrere oportet *l.* 10. §. 1. *D eod.* In hoc enim consentio cum Tr. quæ etiam communissima omnium interpretum opinio est, quod *d.* §. 6. *Inst. d. act.* de hac actione Pauliana sit explicandus: à qua sententia male secessum fecit Donell. ibid. existimans ibi tractari de actione hypothecaria ex causa prætorij pignoris, non autem de actione Pauliana. Eius rationes hæ sunt 1. quod in eo §. tractetur de eiusmodi actione qua revocentur res, quæ demum bonis ex edicto poss. ssis alienatæ fuerunt. Sed iam responsum, hoc falsum, & ex vitiosa *d.* §. interpretatione natum esse argumentum. 2. Quod in illo §. non fiat mentio fraudis eius qui rem accepit, quæ tamen requiri videtur per *l.* 6. §. 8. *quæ in fraud credit.* Respond. nec hoc perpetuum esse, sed fallere si res tradita fuerit titulo lucrativo *dict. leg.* 6. §. 11. *eod. tit.* neque Iustin. propositum fuisse omnia illius actionis requisita enarrare: sed & hoc satis continetur, sub mentione revocationis eorum, quæ in fraudem alienantur: quomodo etiam prætor edictum suum concepit. Tertia ratio Donelli magis urgere videtur, quod cum *in d.* §. 6. & methodi ratio & textus verba, ibi *rescissa traditione rem petere*, suadeant, ut in eo de actione in rem tractari dicamus, quomodo etiam ea verba accepit Theophilus, actionem tamen Paul. in personam esse probatur; vel quia non datur contra quemvis possessorem ut in casu *l.* 6. §. 8. *& l.* 9. *h. t.* vel quia aliquando datur contra non possessorem *d. l. l.* 10. §. *ult. h. t.* vel quia *in leg. videamus* 38. §. 4. *d. usur.* coniungitur cum alijs actionibus personalibus, & nominatim cum actione Faviana, quæ ipsa quoque revocatoria disertè personalis appellatur *in leg.* 1. §. 26. *si quid in fraud. patron.* adeoque ut actio Pauliana in rem dicatur, exinde, quod contra titulo lucrativo sine fraude possidentem datur, concludi non potest, quoniam ita quoque in actione personali Faviana obtinet *l.* 1. §. 4. *si quid in fraud. patr.* cum præsertim hoc casu

Cccc 2

actio magis subsidiaria ex æquitate accommodetur, in quantum factus est locupletior, utcunque non possideat *l.* 6. §. 11. *in princ. quæ in fraud. credit.* quia detracta fraudis mentione in nudum factum alienationis concepta est, & ideo in specie in factum dicta, *Wesemb. in parat. hic num.* 7. Hanc obiectionem ut evitet *Ant. Fab.* 20. *coniect.* 16. Tribonianum inculpat, tum quod male §. illum retulerit eo loco inter actiones reales, tum quod formula ab eo proposita, *ut creditores rescissa traditione rem petant: &c.* nec rationi iuris nec ulli alij loco conveniant. Sed nimis impudens est ista ratio tractandi iura, & probabiliter dici potest, prætorem aut non ausum fuisse, aut noluisse, directo dare revocatoriam, quoniam alienatio à vero domino facta esset: ideoque hunc colorem & prætextum quæsivisse, quasi debitor, & accipiens propter fraudem nihil egissent, eoque, concurrente & hoc, quod bona huiusmodi debitoris creditoribus quodammodo affecta viderentur, hanc formulam præscripsisse, ut dicerent creditores, rem in dominio debitoris mansisse, eoq; iure cuiusdam hypothecariæ actionis rem sibi restitui peterent: quod magis perspicuum est, si quid post bona ex primo decreto possessa fuerit alienatum: quamvis hoc omninò verum sit, formulam agendi *in d.* §. 6. præscriptam, omnibus casibus, quibus actioni Paulianæ locus est, accommodari non posse, vel *argument. l.* 14. *h. t.* Quibus & hoc addendum est, quod actio Pauliana non tam nativa, quam dativa esse videatur, utilitatibus creditorum accommodata, ita ut pro casuum variorum diversitate modo sapiat naturam realis, modò personalis actionis: huius quod in factum esse dicitur, & ex fraude qua alienantis qua accipientis, nascitur. illius, quatenus creditoribus datur contra eos, cum quibus nihil gesserunt vel contraxerunt: quo tamen intuitu aliquibus ad naturam actionis personalis in rem scriptæ accedere videtur. Denique pro Donell. ita concludi potest: ubicunque est pignus, ibi etiam rationis est, ut sit actio hypothecaria: atqui per missionem in possessionem constituitur prætorium pignus: ergo &c. Resp. actionem quidem quasi Servianam huc accommodari non posse, neque reperiri in iure aliam specialem hypothecariam: ideoque sufficere hic hanc ipsam actionem Paulianam: quæ cum detur pro revocandis iis, quæ nondum bonis possessis alienata fuerunt, multo magis per eam post alienata bona revocabuntur: ideoq; cum sufficere hic possit Pauliana, alia actione opus

non

non est. Quæ lit. B. traduntur, rectè se habent, præterquam quod expungenda sunt verba, *& bona possessa*: quoniam ex iis inferri posset, actionem Paulian. non competere, nisi alienatione facta post bona possessa: quod iam ante falsum esse diximus.

LIT. D.

Edictum prætoris pertinet ad omnia quocuoque modo in fraudem creditorum facta, quo bona minuerentur, & fierent non solvendo: ideoq; non uniformiter competit actio Paulina, sed modò ad res restituendas, modò ad restaurandas aut cedendas actiones *leg.* 14. *h. t.* De libertatibus tamen notandum, non rectè eas à Tr. coniungi cum alias, quæ per actionem Paulian. revocantur: quia imò magis est ut ad eas edictum non pertineat, siquidem libertates quæ semel competierunt non retractantur §. *semel. autem* 6. *Inst. quib. ex caus. manumitt.* eoque L. Ælia Sent. libertates in fraudem datas ab initio nullas esse voluit *in princ. Inst. d. tit.* ubi dicitur quod per legem illam libertas imperiatur: ideoque abusivè & ratione simplicis facti manumissionis intelligendum est dici *in l.* 15. *quæ in fraud. cred.* *& l.* 1. *C. eod.* quod libertates in fraudem datæ rescindantur & revocentur: neque quod sub titulo quæ in fraud. credit. etiam de libertatibus in fraudem datis agitur, exinde, quod actione Paul. revocentur, quisquam inferre possit.

Huc refero.] Non multum hæc quæstio huc pertinet, an servus ab eo manumissus, cui minor dolo inductus vendiderat, ea manumissione liber fiat: & ipsa hæc quæstio argumento est, quod aliàs manumissio in fraudem facta, nulla sit, quia nihil prodesset liberum factum esse, si libertatis revocatio daretur. Est autem assertio illa Tr. vera, tum argumento eius, quod lit. seq. traditur, quod ille non tenetur actione Pauliana, qui bona fide à malæ fidei emptore porro emit: tum per cit *l.* 7. *d. dol.* quem locum satis accuratè explicavimus supra *part.* 1. *disp.* 28. *th.* 2. *lit.* F.

Debitori fugienti tamen.] Hoc quidem cum proximè præcedentibus nihil cohæret, sed ita cum hac materia connecti potest, quod creditores remedio iuris & instituta actione debeant revocare res debitoris, non propria autoritate eas invadere aut extorquere: excepto casu singulari, si debitor convasatis rebus iam aufugiat. Atq; hinc *Gloss. Bart.* & alij respondent ad textus, quibus debitum suum

aut rem propriam qui propria autoritate occupat, Ius suum perderedicitur: procedere nimirum eos textus, ubi facultas est experiendi ordinariis remediis iuris, quæ reo fugiente institui non possunt: licet aliqui *in l.* 10. §. 6. autoritatem iudicis intervenisse minus rectè præsupponunt. Ait autem Tr. posse creditorem ante missionem in possessionem factam, pecuniam debitori auferre. Cui consequens videtur, post missionem id iure non fieri: & hoc tamen perspicuè falsum est: quoniam quo plus iuris creditores post missionem consequuti sunt, eo facilius etiam hoc extraordinario remedio illis uti licebit. Sed scilicet Treut. non intellexit sententiam *l.* 10. §. *si debitorem* 16. *h. t.* Hoc ibi principaliter quæritur, non an possit creditor auferre pecuniam, sed hoc, an quod ita abstulit pro debito (& ita apud Treut. legendum est, non, *pro debitore*) soli sibi retinere possit, an verò per actionem in factum in commune, ut aliis etiam creditoribus prosit, conferre teneatur. Et hic distinguit ICtus, an ablatum fuerit debitori ante missionem, an post: illic creditorem sibi retinere posse, hic autem in commune conferre teneri: quoniam missio constituit pignus prætorium in universis bonis, & per eam æquale ius omnibus acquiritur, licet in petendo decreto primo non concurrerint, *l. cum unus* 12. *d. reb. autor. iudic.* & id expresè probatur *in l.* 6. §. *sciendum* 7. *quæ in fraud. cred.* Amplius Tr. ita loquitur, perinde ac si creditor tantum pro rata debiti sui debitori fugienti pecuniam auferre possit: quod quidem ita proponitur in specie *d.* §. 16 sed putarim, maximè post factam missionem, totum etiam posse auferri: quod præsertim aliâs frustra quæreretur, an quod ablatum est, pro utilitate etiam reliquorum creditorum, in commune sit contribuendum.

LIT. D.

Ab accipiente.] Qui vel habet titulum onerosum & tenetur tum demum, si sciverit, non simpliciter quod alienans habet creditores, sed quod in eorum fraudem alienet, atque ita fraudis sit particeps, *l.* 10. § 2. *& seqq. h. t.* vel habet titulum lucrativum, & simpliciter tenetur, quoniam potior debet esse ratio creditorum qui certant de damno vitando *l.* 6. §. 11. *& l.* 10. *in princ. h. t.* ibi, *interdum etsi scientia non sit*, eoque, quoniam ad æquitatis normam hoc exigitur, non ultra quam locupletior factus est *d.* §. 11. Non autem animadver-

madverto quare *Wesembec. & Cuiac. 12. obs. 5. in princ.* pro diss. allegantur, qui docent, eos, qui titulo lucrativo rem acceperunt, siquidem fraudis participes fuerint, in solidum, cæteroquin in quantum locupletiores facti sunt, teneri: à quo si dissentit Treut. & illos licet fraudis participes fuerint, non nisi in quantum locupletiores facti sunt, teneri putat, procul dubio errat, & tum rationi, quæ nemini vult dolum suum prodesse, tum textui *in d. l. 6.* §. 11. adversatur.

Idq; per actionem in factum.] Ipsa quidem actio Pauliana in factum est, sed, ut paulò ante notatum, in specie in factum dicitur, quæ contra titulo lucrativo rem accipientem, in quantum locupletior factus est, datur: quoniam detracta fraudis mentione in solam alienationem concepta est.

In cæteris causis ignari.] Quæstio hæc non inelegans est. Constat eum qui rem accepit titulo lucrativo teneri etiam ignarum fraudis, in quantum factus est locupletior. Ex adverso traditur, eum qui titulo oneroso rem accepit, non teneri si fuerit ignarus fraudis. Et quid igitur, si hic aliquid sit mixtum, & cum titulo quidem oneroso, lucrum transiverit ad accipientem. Et Treut. negat hunc teneri: forte quia spectandam putavit solam causam & titulum, non curandum lucrum accessorium. Sed ego proclivior sum in Wesembec. affirmantis opinionem: quoniam hac in re præcipua æquitatis habetur ratio, quæ creditorum de damno vitando certantium potiorem suadet esse rationem. Facit tum quod respectu lucri illius titulus ille simul censeri debet lucrativus: tum quod al. âs facile sub prætextu & obtentu tituli onerosi, creditoribus imo ipsi edicto prętoris fraus fieri posset. Facit quod indistinctè responsum est, lucrum esse extorquendum, quod alter sensit ex fraude *l.* 10. §. *pen. h. t.* adeò ut etiam in pupillo qui cum fraudatore contraxit, idem obtineat *l.* 6. §. 10. *l.* 10. §. 5. *d. tit.*

Illud autem in genere hic videndum, annon quod dicitur, eum qui ignarus fraudis titulo oneroso rem accepit, non teneatur actione Pauliana, restringendum sit ad casum, quo alienatio facta est antequam bona fuerunt possessa ex edicto, ad quem etiam casum prę- cipuè edictum prætoris pertinere videtur: cæterum postea secus videtur, tum propter ius pignoris quod creditoribus quæsitum est, tum quod V. C. emptori possit obiici culpa, quippe quod vix bona fide ignorantia hic prætendi possit.

In causa pupillorum] Ait in causa pupillorum scientiam tutorum requiri. Et ergo si ignoraverint tutores, & pupilli sciverint, non dabitur actio Pauliana. Id quidem hactenus verum, ut non teneatur pupillus in plus quam penes ipsum est, falsum autem quod nec ad hoc teneatur, per text. *in l. 6.* §. 10. *h.t.* in quod quo minus teneatur, videlicet in lucrum quod fecit, nec per ignorantiam quidem excusatur *d.* § 10. Ideoque dicendum est, non tam quod requiratur scientia tutoris, quam potius quod scientia tutoris pupillis noceat, licet ipsi ignoraverint: quoniam ponimus pupillum esse in lucro: quæ multo magis in pubere locum habebunt.

LIT. E.

Cum sua causa.] Et in specie cum fructibus *l.* 10. §. *& fructus* 20. *h.t. l. videamus* 38. §. 4. *d. usur.* Sed obiicitur *l. ult.* §. 4. *h. t.* ubi fructus medio tempore percepti negantur esse restituendi, sed tantum qui aut tempore alienationis terræ cohæserunt, aut post acceptum iudicium accesserunt. Accurs. varias, sed eas merè divinatorias & frivolas conciliationes proponit, & in ea tandem quam & Bartol. probat, acquiescit, quod alij textus secundum *d. l ult.* §. 4. sint intelligendi. Et istud tamen videri possit paulò durius. 1. quia ICtus *in d. l.* 38. ut in actione Pauliana etiam fructus venire probet, utitur argumento sumpto à verbo, *restituere*, quod regulariter plenam restitutionem fructum significat. 2. quod fructus qui tempore alienationis terræ cohærent, non tam fructuum, quam partis fundi rationem habent. 3 quoniam *in d.* §. 20. *l.* 10. *h. t.* dicuntur etiam venire fructus qui percipi potuerunt, quod ad fructus pendentes aut stantes non videtur rectè restringi. 4 facit *dict. l.* 10. §. *præterea* 22. *h. t.* ubi etiam medij temporis commodum præstandum esse dicitur. Verum hoc ad diversi generis commoda pertinet, & textus *in dict. l. ult.* §. 4. ita perspicuus est & in terminis, ut nullo modo evitari possit. Et fortassis prætor succurrere voluit creditoribus cum minima iniuria eorum, qui acquisiverunt, & satis putavit si rem recuperarent, qualis alienata fuit à debitore, qui utiq; ius habuit consumendi fructus.

Restitutio autem fructuum,] Commodius dixisset, quod fructus intelligantur deductis impensis, ut *in l.* 36. *d. petit. hered.* Sed & illud addere debeat, non tantum fructus, sed etiam si hi non sufficiant,

ficiant, rem ipſam pro impenſis retineri poſſe *leg.* 10. §. 20. *h. t.*

Lit. F.

Intra annum.] *l.* 1. *in princ.* & *l.* 10. *in princ. h t.* & ut hic videlicet computetur & incipiat currere à die venditionis bonorum, factæ ſcilicet à creditoribus ex decreto prætoris *l.* 6. §. *ult.* & *l.* 10. §. 18. *h. t.* minimè autem alienationis factæ à debitore, quò improvidè textus illos quidam Dd. retulerunt & poſt eos *Iaſ. in* §. *item ſi quis* 6. *Inſt. d. action. num.* 87. Eſt autem annalis hæc actio, quatenus habet naturam actionis pænalis, & etiam contra eum datur, qui nihil amplius penes ſe habet, veluti ſi qui fraudem participavit in alium rem transtulerit, quod aliâs, cum hic non teneatur *l.* 9. *h. t.* eluderetur edictum prætoris: ſed quatenus ad aliquem pervenit, perpetua actio eſt *l.* 10. §. 24. *h. t.*

Lit. G.

Contra ipſum fraudatorum.] Contra hunc iſtam actionem dari expreſſum eſt *in l.* 1. *in princ. h. t.* & *l. ult. C. eod.* cuius verba ita habent: *ſi actu ſolenni præcedentem obligationem peremiſti, perſpicis adverſus fraudatorem intra annum, in quantum facere poteſt, vel dolo malo fecit quo minus poßit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.* Cuius conſtitutionis caſum difficile ſatis eſt intelligere: & *Cuiac.* 12. *obſ.* 5. *Anton. Fab.* 20. *conięct.* 15. putant ipſum conſulentem in ea ſpecie fraudatorem fuiſſe, qui actione Paulianâ ex edicto teneatur. Sed difficultatem in eo verti rectè animadvertit Ant. Fab. quod cum priora reſcripti verba ad ipſum fraudatorem directa videantur, qui per ſolennem acceptilationem præcedentem obligationem in fraudem creditorum ſuorum peremerat, ſequentia tamen in tertia perſona de fraudatore loquantur. Et ſane, quicquid etiam dicat Ant. Fab. nemo non videt, hoc ſenſu contortè plane & obſcure ab Impp. reſponſum fuiſſe: quâ de causâ Accurſ. & alij per fraudatorem intelligunt, debitorem, qui participatâ fraude per acceptilationem liberatus fuit. Poſſit & fingi, quod Menandra quæ conſuluit Impp. habuerit debitorem Sempronium, qui debitorem ſuum delegaverit Menandræ, & ipſi per dolum perſuaſerit, ut acceptilatione eum liberaret: ut videlicet hic actio detur contra doloſum perſuaſorem, quæ contra debitorem liberatum competere non poteſt: quod licet

aliâs actio Pauliana etiam in hoc detur, ut actiones restituantur *leg.* 14 *h t.* hoc tamē fallere videtur, ubi facto ipsius creditoris debitor liberatus fuit. Sed nihil effirmare ausim, & retineamus casum quem decidi putant Ant. Fab. & Cuiac. quod ipse consulens fraudator fuerit. Vbi incurrit duplex quæstio, quando & quatenus, sive in quid contra ipsum fraudatorem actio detur, Et Treut. non obscurè existimat, tum demum actionem contra fraudatorem porrigi, si ab altero res alienata recuperari non possit. Pro qua sententia facit & ratio, ut demum in subsidium teneatur fraudator, qui bonis suis exutus est: tum textus *in d. l. ult. C. h. t.* ubi sane vim aliquam & rationem decidendi in eo ponere videntur Impp. quod obligatio per acceptilationem solennem sit perempta. Neque incommodè *l. 1. in prin. & l. ult.* §. *ult.* ad istum casum referri possunt, quo actio aut nulla aut inanis sit futura contra eum in quem res alienata fuit: quin imò *ex dict. leg. ult.* §. *ult.* hæc ipsa sententia confirmatur, quoniam ibi ICtus Venuleius improbans sententiam Melæ qui in fraudatorem actionem negabat, ait imò in eum dari debere, si quid deperdidisset ut recuperari non posset. Neque enim probandum est, quod Ant. Fab. textum emendat, & illa verba ipsius Melæ esse putat, quasi hic eo casu admisisset actionem in fraudatorem, si nul'a ratione res recuperari possit, veluti si debitor pecuniam in mare proiecisset. Etenim rationes quibus Mela motus fuit, ut in fraudatorem actionem negaret, etiam in hoc casu militare videntur: & licet fortassis non satis prior, quod ex ante gesto non debeat post venditionem bonorum in fraudatorem actio dari, attamen posterior, quod inhumanum sit eum conveniri, qui omnibus bonis exutus est. Et respondetur utrique rationi: & priori quod per venditionem nulla inducatur novatio præcedentis obligationis, adeoque meritò præsertim ex fraude actio superesse debeat: posteriori autem, quod prætor hac in re non tam respexit utilitatem creditorum, quam pænam debitoris, id est, ut ipsi Cuiac. & Ant. Fab. hoc explicant, ut in vincula & carcerem ducatur, quæ pæna aliâs etiam dolosum creditorem, negato beneficio cessionis bonorum, manet. Ex quo tanto magis confirmatur sententia Treut. quandoquidem æquum non est, ut in pænam conveniatur debitor, ubi re ipsa creditores fraudati non sunt, sed rem alienatam actione Paulianâ ab aliis consequi & recuperare possunt. Porrò distinguit Cuiac. quod fraudator

dator aliquando teneatur in quantum facere potest, vel dolo fecit quo minus posset: aliquando in solidum, si ita res disperdita sit, ut recuperari non possit. In qua tamen distinctione non sunt membra opposita, quę distinctione hac rectius constituentur, si dicamus, teneri fraudatoré, aut de eo conveniendo quæri, si rem abalienaverit vel ita ut recuperari possit, vel ut non possit: qui casus recipit subdistinctionem, ꝙ res nõ possit recuperari, vel propter ipsum modum alienationis ex se, veluti si pecuniam in mare debitor proiecerit: vel ex accidenti, veluti si cui res donata fuit eam bona fide consumserit: quo casu non videtur æquum, ut perinde ac priori teneatur fraudator: quamvis cũ pariter utroq; casu per fraudẽ debitoris creditorib. res amissa sit, nihil absurdi sit, si æqualiter fraudator teneatur: cũ ẽt indistinctè dicatur *in l. ult. §. ult. h. t.* prætoré non spectasse ꝙ nihil ab eo creditores consequi possunt, sed magis pænã, ut scilicet incarcerem detrahatur: ꝙ & illis accidit, qui bona sua dilapidaverunt, aut alias fraudulenter cũ creditoribus egerunt, quib. & beneficium cõpetentiæ & cessionis negatur, ipsiq; cõdemnati in carceré detrahuntur. Ex quo mihi suspectum & dubiũ fit, ꝙ & Ant. Fab. & Cuiac. admittunt & contendunt, hic quidẽ subdistinctione, ille aũt indistinctè, fraudatoré non teneri, nisi in quantũ facere potest, & quidẽ ita teneri quoad ea bona, quæ post venditionem acquisivit, aut ꝙ in his dolo fecit, ne præstare posset. Etenim 1. ita falsum fuerit, ꝙ indistinctè dicitur *in l. ult. §. ult. h. t.* fraudatoré teneri in pænã. 2. itidem falsum fuerit quod ICtus eod. loco ꝑspicuè satis admittit, ẽt in eum dari actionem qui nulla bona amplius habet. 3. quoniam actio quę contra fraudatorem datur, circumscribitur anno *d. l. ult. h. t.* quod perabsurdum esset, si tantum pro acquisitis postea in quãtum fraudator facere potest, conveniretur, cum quivis qui bonis cessit super residuo perpetuo teneatur. Ideoq; aliud quid hic mihi subesse videtur, & existimo verbis illis *d. l. ult. quod dolo fecit, quominus facere posset*, non significari dolum in bonis post venditionem acquisitis, ut male putat Ant. Fab. sed in ipsa alienatione facta in fraudem creditorum, à debitore commissum: ut quidem quoniam bona vendita sunt intentio quidem ita habeat, in quantũ facere possit fraudator, sed propterea ꝙ dolo eius accidit, quo minus facere posset, in solidũ condemnetur, & in carcerem deducatur. Nam & ita qui communi iure beneficiũ cõpetentiæ vel cessionis habent, si quid dolo cõmise-

rint, in solidum condemnantur: de quibus itidem non absurdè dicetur teneri in quantum facere possunt, vel dolo fecerunt, quo minus possent, id est, effectu ipso in solidum. Sed ego hic subsisto, & aliis plenius cogitandum relinquo.

LIT. H.

Beneficium separationis.

Simile remedium separationis.] Non videtur esse aliqua in signis aut specialis similitudo; illud enim remotius, quod ita quodammodo bona defuncti debitoris effectu ab herede avocari videntur, ne cum illius bonis commisceantur: quod fit non remedio actionis, sed implorato nobili magistratus officio. Illa autem verba Treut. quod detur separatio ante mixtionem, ambigua sunt: nam si ponamus suum heredem esse, qui non adire, sed V.C. aliquid pro herede gerendo sese immiscere dicitur, videri possit ex verbis Tr. consequi, non amplius locum esse separationi: quod contra est, quia demum post acquisitionem hereditatis, ex quo quinquennium currit *l.* 1. §. *quod dicitur* 13. *d. separat.* separatio rectè petitur. Sed intelligendum est non posse peti separationem, postquam realiter & actualiter & corporaliter bona ipsa heredis & defuncti ita inter se commixta sunt, ut amplius secerni non possint *l.* 1. §. *præterea* 12. *d. separat.* Quæstio autem à Tr. hic adiecta de pupillo qui substitutum habet se abstinente, an substitutus bona pupilli, à bonis patris, ne huius creditoribus respondere teneatur, separare possit, ad istam tractationem & diversum prorsus separationis genus, nihil pertinet, & de ea quæstione satis latè actum est supra *disp.* 11. *th.* 9. *lit. A.*

THESIS VI.

LIT. A.

Venditis bonis concurrere ait creditores citra prælationem, sicut & pignoribus distractis. Quæ non rectè coniugi videntur: vel quia ex causa pignoris semper est prælatio: vel (si fortassis Tr. hoc ad nudum concursum referat,) quoniam re vera nec concursui locus est, ubi pignus alicui obligatum iure creditoris distrahitur, de quo casu est citata à Tr. *l. ult. C. d. iure domin. impetr.* An autem ut distractio iure creditoris fieri possit, decursu biennij opus sit, actum est supra *disput.* 1, *th.* 8. ubi Tr. Donelli sententiam defendit. Et hinc utique

utique apparet, non rectè se habere hanc oppositionem, venditis bonis, distractis pignoribus: cum præsertim etiam bona in quæ missio facta, & ea postea secundo decreto vendi permissa sunt, rectè pignorata dicantur; licet alia prætorij alia conuentionalis pignoris ratio sit.

LIT. B.

Alter alteri non præfertur.] Qui scilicet par habent ius, & eundem, ut Tr. ait titulum. Vbi quid per titulum intelligeret & quomodo qui eiusdem tituli sunt, aliis præverantur, exponere debebat. Explicandum hoc puto ex eo, quod supra de missione in possessionem dictum est (quo tamen non rectè hoc à Treut. referri videtur, quia etiam citra immissionem urgentib. creditoribus bona distrahi possunt) quod scilicet ex primo decreto missi non sibi soli possideant, sed aliis quoque creditoribus, qui cum debitore, contraxerunt: & hic, videlicet *contractus* Treut. erit titulus unus, alter, *legatum*: ex quorum alterutro missi ex altero postea missis præferuntur, ut explicatum supra *th* 3. *lit. G. in fin.*

In venditione verò] Ait Tr. cum par pretium offerunt creditores, illum præferendum esse, cui maior pecunia debetur, etiam si alter creditor cognatus simul sit, ex sententia *Ant. Fabr.* 5. *coniect.* 15. Pertinet hoc ad explicationem *l. cum bona* 16. *d. bon. autor. iud. alias l.* 1. *d. privil. creditor.* cuius hæc verba sunt. Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei, & eius qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen creditor quam cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur. Et Accurs. hunc locum refert ad casum, vel ubi addicenda sunt bona creditoribus, vel ubi quæritur an bona vendenda sint nec ne. In quibus confutandis non erat cur laboraret Ant. Fab. quoniam utraque explicatio ea & à Bart. & teste Zas. *in d. l.* 16. à Dd. omnibus improbatur: post quos Zas. sæpe *d. l.* ita explicat: quod in concursu creditoris tantum & cognati, præferatur creditor: in concursu creditoris tantum, & cognati, qui idem & creditor est, cognatus creditor præferatur, etiamsi ei qui creditor tantum est, maior pecunia debeatur: denique in concursu plurium creditorum tantum, præferatur is, cui maior pecunia debetur. Ex tribus his membris Ant. Fab. prius & posterius probat, & medium improbat, existimans in

concursu creditoris tantum & creditoris cognatique simul, nulla habita ratione cognationis creditorem tantum cui maior pecunia debetur, præferendum esse. Ego verò Ant. Fabr. errare, & longè veriorem opinionem Dd. esse non dubito, duplici hac ratione. 1. quia si ius prælationis tribuitur cognato contra extraneum non creditorem, quod admittit Ant. Fab. *ex princ. l.* adeoque in concursu cognatio quoque attenditur, probabile est quod etiam in concursu cognati creditoris cum creditore tantum, cognatio debeat venire in considerationem: siquidem inconveniens est, ut illo casu aliquid, hoc nihil cognationi tribuatur: isto autem posito, quod hoc quoque casu cognatio attendatur, necessariò sequitur, cognatum creditorem, creditori tantum, cui maior pecunia debetur, præferendum esse. 2. quoniam in fin. nostræ legis dicitur, inter creditores præferri eum cui maior pecunia debetur: quod scilicet apparet intelligendum esse de iis qui creditores tantum non simul cognati sunt: quoniam in præcedentibus de creditore & cognato simul egerat ICtus: exquo, & ex ea nimirum oppositione rursus necessariò sequitur, quod si inter creditores tantum ex maiore quantitate debiti demum prælatio est, utique cognatus creditor simul non ex quantitate pecuniæ, sed ex cognatione etiam præfe-retur. Et hoc ipsa suadet ratio, quoniam ut vulgò traditur, duo vincula plus ligant & plus operantur quam unum, & utique cognatio hic inter causas prælationis cum referatur, oportebit utique, contra quam ineptè putat Ant. Fab. ut ubicunque deprehenditur, aliquid operetur. In hoc autem manca est explicatio Bartol. & Zas. quod omittunt casum, quo concurrit extraneus non creditor cum creditore tantum, vel cognato tantum: & hoc nimirum alteruter ille vel creditor tantum, vel si hic nolit, cognatus tantum præfertur. Et in hac re erravit Accurs. qui in princ. huius l. intelligit extraneum qui simul creditor sit. Etenim omninò sunt in illo textu distincti termini, extraneus creditor & cognatus: & extraneus tantum neque creditor neque cognatus: creditor tantum, cognatus tantum, & creditor cognatusque simul. Neque obstat, quod extantibus extraneis emptoribus, creditores non admitti, probari videtur ex *leg. 2. Cod. si in causa iudic. l. 3. Cod. d. execut. rei iudic. iuncta l. ult. §. sin verò nemo Codic. d. iur. domin. impetr.* quoniam ut rectè hic respondet Ant. Fab. non possunt primò li-

mò licitari creditores, sed licitatione ab aliis facta rectè admittuntur: idque etiam advertit Bart qui ait creditores admitti iure extraneorum: quod miror non capere potuisse, & cogitandum reliquisse Zas. quem movere non debebat, quod creditores extraneis opponantur: quoniam nihilominus tamen licitatione facta rectè extraneorum iure ad emptionem admitti dicuntur: quod præsertim, ut Bartol. annotavit, hoc modo citra circuitum fiat executio. Ex quibus apparet, non tantum nihil novi, sed etiam erroneam explicationem ab Ant. Fab. quem male sequutus est Treut. ad hunc locum allatam esse: in quo, ut hoc addamus, in summa hic ordo est. Si proscriptis bonis licitatione facta pretium offerentes concurrant, creditor tantum & extraneus tantum, id est neq; creditor neq; cognatus, ille præfertur: si concurrant extraneus & cognatus tantum, hic præfertur: si concurrant creditor tantum & cognatus tantum, ille præfertur: si concurrant creditor tantum & cognatus creditor, hic præfertur, licet ei minor summa pcuniæ debeatur: si concurrant duo creditores tantum, cui plus debetur, alteri præfertur.

Lit. C.

Ait Tr. non præferri creditorem, nisi propter hypothecam vel privilegium. Vbi cum privilegium distinguat ab hypotheca, vitiose tantum mentionem fecit hypothecæ expresse: vel quia & tacita utique hypotheca est, vel quia sub privilegio contineri non potest, siquidem th. sequenti fiscum & mulierem refert sub eos qui privilegium cum hypotheca habent, & ea tamen hypotheca tacita est. Cæterum concursus in universum triplex est, hypothecariorum cum chirographariis, hipothecariorum inter se, & chirographariorum inter se, quos ita appellant interpretes, qui citra hypothecã personalem actionem tantum habent, de quibus dicemus th. seq. lit. F. & G. De prima specie concursus tractat Tr. hac lit. C. & ius hic certum est, præferri hypothecarios, qui actionem in rẽ habent, & hoc adeò in re, quæ hypothecæ obligata est: unde cõstare ait Tr. eũ qui publicam scripturam habet, & in ea hypothecam generalem, præferri debere tantum in mobilibus habenti privatam scripturam & in ea hypothecam generalem anteriorem. Quæ illatio cuiusmodi sit, non animadverto, cum in thesi hac lit. tractetur de concursu hypothecarij

thecarij & chirographarij, sed illatio est de concursu duorum hypothecariorum: nisi præsupponatur, privato instrumento hypothecam non posse constitui; quod utique iure nostro falsum est. Hoc autem, ad explicationem *l. scripturas* 11. C. *qui potior. in pign.* ex qua Treut. istud proponit, notandum est, quod ius hypothecariorum æstimatur tum ex tempore, tum ex modo constitutæ hypothecæ: & quod prior tempore potior iure esse perhibetur, in eod. genere qualitate & modo acceptæ hypothecæ locum habet: quoniam legibus & moribus solennitas aliqua vel simpliciter vel in quibusdam rebus requiri potest, qua deficiente nulla sit hypotheca. Atque ita, ut statim subiungit Tr. obtinet iure Saxon ex quo hypotheca immobilium nisi iudicialiter contracta non valet, adeoque apparet ius creditoris ex tempore non æstimari, nisi uterque iudicialiter hypothecam acceperit. Et huc etiam referendum est ius constitutum *in dict. l.* 11. C. *qui potior.* ex quo hypotheca acquisita privato instrumento, non quidem prorsus nulla & inutilis habetur, sed tantum postponitur hypothecæ, quam creditor, aliis tempore licet posterior, accepit instrumento publico vel revera tali, vel quod iuxta *d. l.* 11. hac in re eiusdem est effectus, si etiam privatum instrumentum trium testium subscriptione sit munitum. Et cum adeò perspicua sit sententia *d. l.* 11. nescio quid sibi velit Treut. dum sequutus fidem *Molleri* 1. *semestr.* 3. ita proponit sententiam *d. l.* 11. quasi illa tantum ad hypothecam generalẽ & ad res mobiles pertineret: quod utrumque falsum est, cum præsertim maior sit ratio, ut hypotheca publica potentius operetur in rebus immobilibus: qua ratione autor iuris Saxon. motus videtur, ut in harum hypotheca iudicis autoritatem requireret: cuius quoque iuris Saxon. sententiam Tr. ex eod. Moller. multis verbis contortè proponit, quam paucissimis verbis exprimere poterat clarius, quod autoritas iudicialis requiratur in hypotheca rerum immobilium, non mobilium, eoque in his etiam extraiudicialem præferri: licet hæc non sit perpetua consequentia: siquidem & iure nostro hypotheca privato instrumento accepta non est nulla, & tamen nihilominus publico instrumento acquisita ei præponitur. Illud facile admitto, quod ex ratione iuris Saxon. hypotheca extraiudicialis in rebus immobilibus quoad effectum iuris, nec iuramento confirmetur: quoniam solennitas substantialis à statuto requisita, privata partium conventione & voluntate suppleri non potest.

Lit. D.

Inter duos hypothecarios potior est is, cui res prius est obligata (quæ verba, *prior potior*, apud Tr. errore typographi locum mutasse videntur.) Et hoc obtinet non si tantum prius de contrahendo conventum, ut Tr. ait, sed si re vera prius contractum sit: quoniam propria & speciali conventione ius hypothecæ acquiritur: quod ut rectè fiat & teneat, contractum principalem, cui hypotheca innitatur, præcessisse oportet: cæterum si tantum de contrahendo convenerit, ex adiecta conventione hypothecæ ius prioritatis nondum competit, sed ex quo contractus deductus fuit in actum, ante quod tempus si alteri ead. res hypothecæ obligata super contractu inito fuerit, hic in iure pignoris illo potior erit *l. 11. in princ. qui potior. in pign.* Et nimirum hic dupliciter distinguendum est tum circa obligationem principalem, tum circa accessoriam hypothecariam. Quoad illam, an obligatio quæ nondum actu extitit, cui conventio de hypotheca adiecta fuit, pendeat à voluntate debitoris, & in eius arbitrio sit, ut in effectum deducatur, & hoc casu hypotheca nondum efficax est, nec tribuit ius prioritatis; quæ species est *l. 11. in princ. qui potior.* an verò hoc non sit in arbitrio debitoris, sed obligatio iam etiam invito debitore in effectum deducatur, & hoc casu conventio de hypotheca statim operatur & inducit prioritatem, veluti si promissor sub conditione rem aliquam pignori obligaverit *d. l. 11. §. 1. qui potiores*, idque est quod dicitur *in l. 9. §. 1. eod.* conventionem de pignore statim operari & valere, nisi ea sit conditio quæ invito debitore impleri non possit. Atque hinc pendet decisio *d. l. 9. in princ.* Altera distinctio est à conditione hypothecæ, ad quam vel sufficit nuda conventio, & statim operatur ea prioritatem: aut requiritur aliquod factum, & antequam factum sit, prioritatis ius nullum est, iuxta *l. 11. §. 2. qui potior.* iuxta quam si convendum sit, ut invecta illata pignori sint, prioritas incipit à die non conventionis, sed sequutæ inductionis.

Is etiam prior habetur.] Posterior debitor hypothecarius ius habet offerendi priori creditori, eoq; facto, & eo toto scilicet, quod priori debetur soluto, in huius locum succedit & pignus suum confirmat *l. 5. & 8. C. qui potior. in pign. l. 22. C. d. pignor. l. 5. d. distraction. pignor.* Quæri potest, an ad hoc sufficiat oblatio, an requiratur ob-

signatio & depositio. Et Treut. alternativè respondet, si posterior alterutrum fecerit. in locum prioris eum succedere. Equidem si sufficit prius, obtulisse pecuniam dubitari non potest, quin multò magis sufficiat obsignasse & deposuisse. Et quod obtulisse satis sit, probatur ex *d. l.* 11. §. *ult qui potior* ibi, *si paratus est solvere l.* 5. *d. distract. pignor.* ibi, *oblata pecunia &c.* Sed obstat *l.* 1. *C. qui potior.* ubi requiritur ut pecunia vel sit realiter soluta, aut creditore nolente accipere, obsignata & deposita: quod præsertim specialis hic effectus translationis iuris in alium non videatur ex sola oblatione posse induci. Existimaverit fortasse quis distinguendum esse, ut soluta pecunia aut deposita, ipso iure solva ut ius prioris, oblata autem, tantum per exceptionem *arg. d. l.* 11. § *ult.* ubi dicitur actionem hypothecariam priori post oblatam pecuniam inutilem effici.

Idq; non solum.] Ampliat Tr. quod præmiserat, ut non tantum secundus offerẽs primo in ius eius succedat, sed etiam tertius, quartus, imò etiam novissimus ut loquitur *Paul.* 2. *sentent.* 13. §. *pen.* & potior sit omnibus intermediis, quoniam locum eius, cui solvit, subit & occupat, ut nihil habeant intermedij creditores, quod conquerantur, quoniam à primo qui ipsis potior erat, & eius obligatione pignus liberatum est, & habent quod sibi imputent, quod non ipsi solvendo alterum prævertetint. Et sunt ad hoc textus generales *in l.* 5. *C. qui potior. l.* 11. § *ult. D. eod.* & meo iudicio textus specialis *in l.* 12. §. *à Titio* 8. *D. eod.* ubi proponitur post duos qui ius pignoris in prædio habebant, tertius pecuniam dedisse, ut priori ea solveretur, & de pignore eiusdem prædij convenisse: & respondetur, quod hic tertius sit prior secundo intermedio, non obstante, quod ipsi negligentia obiici posse videatur, quod scilicet ignoraverit secundo prædium obligatum sub hac conditione, si prior dimissus esset: quoniam intelligitur hoc pactum, si debitor pecuniam à se solverit non si alius iuxta casum *d.* §. 8.

Qui verò hypothecam non habet.] Qui hypothecam habet, solvendo pecuniam priori simpliciter in eius locum succedit. Alia quæstio est, de creditore qui hypothecam non habens solvit hypothecam habenti, & quidem duplex 1. an ipse quoq; & quomodo hypothecam consequatur, 2. à quo tempore ad inducendam prioritatem, hypothecam incipere & currere dicamus, an ex tempore factæ solutionis, an verò ex quo ille cui solutum est hypothecam accepit.

Et utramq; quæstionem decidere videtur responsio Tr. quod qui hypothecam non habet, in ius pignoris non succedat, nisi ex pacto cum creditore aut debitore inito. Ex quibus verbis hæ colliguntur propositiones. 1. quod citra pactum qui ita solvit, non consequatur ius hypothecæ. Quod summam rationem habet, quoniam quivis pro debitore creditori eius solvere potest, neq; adeò ex simplici solutione quisquam ius hypothecæ sibi asserere & vindicare potest: & est textus expressus *in l. 1. C. d his qui in potior. credit. &c.* Et tamen, quod etiam citra pactum fiat successio in ius creditoris, videtur probari *ex l. 3. C. d. his qui in prior. locum*, & magis perspicuè *in l. si ventri 24 §. 3. d. reb. autor. iudic.* in quo textu vel ideò non possit præsupponi cõventio specialis, quoniam dicitur ibi sufficere, ut pecunia pervenerit ad priorem, sive tertius ipse eam numeraverit, sive debitor, si modò hoc fecerit statim non ex intervallo, quod intervallum aliàs, si specialis pactio intervenisset, translationem iuris sive privilegij, & successionem in locum dimissi creditoris non impediret. Responderi potest ad *d. l. 3.* quod ibi videatur intervenisse pactum tacitum, quoniam qui pecuniam dedit, dicitur rem pignoratã emisse & eius possessionem apprehendisse. Ad *d. l. 24. §. 3.* quod ibi tractetur de privilegio personali, cuius in alterũ trãsitus facilior est quam iuris realis, de quo mox plura dicemus. Altera propositio Tr. est, q̃ ex conventione hypothecaria sive cũ debitore sive cũ creditore inita, posterior creditor succedat in ius prioris, adeoq; ita acquirat hypothecam iure eiusdem prioris creditoris, non demum ex tempore solutionis. Vbi iterum obstat, quod ex conventione cum ipso creditore inita non videatur acquiri posse hypotheca in bonis alterius: quin nec rationis esse videri possit, ut conventio cum creditore inita, retro operetur ad consequendum ius, quod prior creditor habuit. Et adeò existimare quis possit, autoritate iudicis esse opus, qui privilegium hypothecæ in posteriorem creditorem transcribat, *arg. l. ult. C. d. privil. fisc.* nisi pro Tr. faceret, tum quod privatorum conventionibus hypotheca constituitur, tũ quod *in l. 1. C. d. his qui in prior. credit. loc.* simpliciter dicitur sufficere conventio, ut in prioris creditoris locum & ius succedatur: fortassis ideo, quod & ab ipso creditore rem pignoratam pignori dari posse receptum est: & q̃ postquam ex pacto hypotheca constituta est, & pecunia alterius dimissus creditor, perinde esse videtur, atq; si antea ille hypothecam

habuisset, quo casu sine alio pacto simplici solutione in ius prioris succedi constat.

Idque & in personalibus verum puto.] Quod dixerat de iure hypothecæ, idem & in personalibus, id est, in privilegiis personalibus exigendi, verum esse ait: quod ita intelligendum videtur, etiam pactione speciali opus esse, ut quis in ius privilegij personalis succedat. Hoc autem dubitationem recipit, quoniam ut paulò ante dictum, facilius transit privilegium personale quam hypotheca, quæ habet ius annexum persequendi rem: & *in l.* 24. §. 3. successio admittitur in privilegium personale, & ibi tamen conventionem præsupponi non posse iam ostensum est. Neque aliud probat citata à Tr. *l.* 2. *d. cesŝion. bonor.* nisi fortè Tieut. confundit diversas conventionis species. Etenim duplex hic occurrit conventio, altera expressè ita concepta, ut transeat privilegium: altera, ut pecunia soluta ad priores creditores perveniat. Illius generis pactione opus est in acquirenda hypotheca: hæc autem sufficiet ad acquirendum privilegium personale, de qua conventionis specie tractat *d. l.* 2. *d. cess. bonor.* Neq; obscura ratio est diversitatis inter hypothecam & privilegium personale: quod illa ex conventione partium nascitur expressa, neque adeò pactione huiusmodi, ut pecunia ad priores perveniat creditores, hypotheca accepta videri potest: quam rationem etiam notat ex Dd. Zas. *in d. l. si ventri* 24 §. 3. *de reb. aut. iud. alias, de privilegiis creditorum*, sed personale privilegium à lege certis causis tributum est. Quod si dixeris, tanto difficilius hoc debere transire de persona in personam: vel negabo consequentiam, quod præsertim non personæ sed causæ privilegium est, cuius qualitatem subit pecunia privilegiato creditori soluta: vel dicam hoc argumentum non procedere in diversis terminis, siquidem in quæstione de iure reali non de simplici successione in locum, sed simul de acquirendo iure hypothecæ agitur, quod citra specialem conventionem non contingit. Atquin iam ante admisimus, etiam ex tacito pacto hypothecam acquiri, ex *l.* 3. *C. de his qui in prior. credit. loc.* qui autem paciscitur, ut pecunia à se soluta ad creditores priores perveniat, hoc ipso tacitè pactus intelligitur, ut ipse locum eius subiret, eiusque privilegio uteretur: & proinde adhuc verum erit, citra pactionem nec privilegium personale acquiri: quod tamen minimè requiri videtur *in leg.* 24. § 3. *d. reb. autor. indic.* quod aliâs ut supra diximus non interesset

an im

an in continenti an ex intervallo à debitore priori creditori fuerit soluta. Haud scio an non hic subdistinguendum sit, an qui pecuniam soluit fuerit extra numerum aliorum creditorum, an in eod. numero: & fortassis porrò an fuerit unus ex creditoribus privilegiatis, inter quos tamen ordo est, an non fuerit: quæ distinctio nititur exemplo quæstionis prioris de iure hypothecæ, ubi interest, an ille qui hypothecam habet solvat, qui citra aliam pactionem succedit in ius prioris, an alius qui hypothecam non habet. Ita tria genera erunt solventium, de quorum iure tractatur: creditor privilegiatus, sed posterior, creditor non privilegiatus, & tamen ex numero creditorum, & denique novus creditor, qui antea non fuit. Et ubique duplex est inspectio, an pecunia soluta fuerit debitori, an creditori privilegiato. Si creditor privilegiatus solvat priori, simpliciter defendi potest, in eum transire privilegium: quod si solverit debitori, acquiret privilegium, si vel pactus sit, ut pecunia ad priorem perveniret *l. 2. d. cess. bonor.* aut si pecunia per manus debitoris in continenti pervenerit ad creditorem *l. 24. §. 3. d. reb. autorit. iudic.* quod si enim ex intervallo contingat, novi debiti contrahendi, non privilegij acquirendi gratia pecunia debitori data intelligitur. Idem fere esse videtur si solvat creditor licet non privilegiatus, ut sive solvat creditori priori, eo animo ut in se transeat privilegium, solvisse intelligatur: sive debitori, conventione facta, aut si debitor confestim pecuniam solverit creditori, privilegium acquiratur: & cum privilegium illud personale non sit ex conventione, neque actionem in rẽ tribuat, nulla necessitas est, ut inter duo hęc creditorũ genera hic distinguamus. Deniq; si plane qui creditor non erat, solverit creditori, defendi potest, quod & *Zas in d. l. 24.* existimare videtur, si expresse creditori nomine debitoris solvat, videri hoc actum, ut in privilegium succederetur: sin verò debitori, in ius non succedi, nisi adiecta pactione, ut pecunia ad priorem creditorem perveniat: neque hic interesse puto, an pecunia per debitorem in continenti, an ex intervallo sit soluta. Ex quibus effici videtur semper aliquam requiri cõventionem, quod rectè defendit male improbatus *Zas in d. l. 24. § 3.* per *d. l. 24* ex qua scilicet hoc defendit, etiam sufficere conventionem tacitam: à qua sententia si abit Tr. procul dubio erat, neque eum iuvat *l. 2. d. cess. bonor.* vel quia accipi potest de tertio non creditore, vel quia ad hunc effectum requiritur pactio, ut etiam si

post intersallum debitor acceptam pecuniam solverit creditori priori, transeat tamen privilegium. Et igitur comparatio illa Treut. iuris realis & privilegij personalis, non rectè procedit. Summa autem ferè huc redit, quod succedatur in privilegium personale ex pactione vel tacita vel expressa: quæ vel est directa de translatione privilegij, vel indirecta, si conventum fuerit, ut pecunia ad priores creditores perveniret: quæ respectu illius tacita dici potest, cuius alia species est magis propriè ita dicta, quæ inducitur ex solutione à debitore in continenti facta creditori privilegiato, pecuniæ scilicet illius, quam alius creditor numeraverit debitori.

Is verò qui pro debitore fiscali.] Verba Tr. ita se habent. Qui pro debitore fiscali solvit in locū nō succedit, nisi id videlicet privilegiū, iudex competens ei adscribat: idque non solum in privilegio quod in actione hypothecaria, sed etiam quod in personalibus fiscus habet, obtinere puto. Hactenus Tr. Quæstio autem triplex est, 1. an & quomodo creditor posterior qui post fiscum contraxit, & hypothecam accepit, pro debitore fisco pecuniam inferens, in eius locum succedat quoad ius reale. 2. an & quomodo creditor qui hypothecam non accepit solvens pro fisco in ius reale succedat. 3. an & quomodo creditor alius pro debitore fisco solvens, succedat saltem in privilegium personale. Et primo casu crediderim etiam citra transscriptionem iudicialem, aut quod ibidē Dd. notant, citra cessionē mandato iudicis factam, solventem succedere in ius fisci: quoniam cum solvens hypothecam & ipse habeat, non nisi de prælatione ex prioritate temporis tractatur. Ad alterum casum puto pertinere *l. ult. C. d. privil. fisc.* & hic secus quam inter privatos desiderari autoritatem iudicis, duplici fortassis specialitatis ratione: vel quod hypotheca fisci non est ex conventione sed ex lege, cuius adeo ministro ad translationem eius opus sit: vel quod ad procuratorem fisci res non pertinet, sed ad principem vel rempubl. quo fiat ut eo difficilius translatio hypothecæ fiat. In tertia quæstione dissentit Tr. à Cuiac. qui adscriptionem iudicis requiri negat, sed sufficere simplicem pactionem, per textus *in l. 24. §. 3. d. bon. autor. iudic. & in l. 2. d. cess. bonor.* Et tamen in his textibus nulla fit mentio fisci, ad quem à privatorum iure non rectè hic concludi vel istud argumento est, quod circa translationem hypothecæ speciali iure utitur fiscus,

fiscus. Ex adverso textus à Treut. citati *in l. 3. C. d. privil. fisc. & in l. 2. C. d. his qui in prior. loc. &c.* non obscurè de iure reali hypothecæ loquuntur: quod difficilius transferri, iam ante diximus: ut nihil absurdi sit, si citra adscriptionem iudicis privilegium personale transire dicamus. Non est porro cur quis quæstionem hanc inutilem existimet, eò quod hypotheca privilegio personali potentior sit *l. 9. C. qui potior.* Etenim nihilominus privilegia ista diversa sunt, & in diversis etiam obtinent causis: & ut maximè in ipso fisco non sit magna utilitas privilegij personalis, quo casu hypothecam habet: attamen ubi de aliis in locum fisci succedere volentibus disputatur, plurimum inter hæc duo interesse apparet, quod utiq; in aliorum persona ista privilegia separari possunt. Illud fortasse existimare quis non immerito possit hac in quæstione simplex privilegium exigendi, ab aliis fisci iuribus distinguendum esse.

Lit. E.

Quia prior est tempore.] Ex tempore prælatio est inter plures hypothecarios, ex quibus nullus privilegium habet prælationis, de quo th. seq. Et hoc principij cuiusdam instar in hac materia traditur, quod prior tempore potior sit iure, per textus à Treut. citatos. Quoniam autem Treut. in th. lit. C. expressæ tantum hypothecæ meminit, existimare quis possit, secus esse in hypotheca tacita, & in hac prioritatem temporis non attendi. Ego quidem hanc opinionem Treut. imputare nolim, quam tamen video proponi & defendi *à Sichard. in rubric. C. in quib. caus. pign. tacit. num. 2. & 3.* ubi ait eos qui tacitas hypothecas habent, demum vocari post omnes expressas, licet posteriores, & reprehendit principes, qui fiscum suum ex causa tributi vel contractu creditoribus expressam habentibus, licet posteriorem, præferri velint. Ego vero opinionem istam manifestè erroneam esse, quia in principia iuris impingere existimo: ut simplicem hypothecam habens citra privilegium præferatur habenti anteriorem: neque minus potenter in suis terminis lex quam conventio hominis operatur: constat autem, quod fiscus ex ipso tempore quo contraxit incipiat habere hypothecam, ut proinde necessario ab eo tempore ius quoque eius in hypotheca sit æstimandum. Et opinio illa Sichard. non tantum nullo textu aut

ratio-

ratione non confirmatur, sed etiam præter rationes iam dictas textibus non obscuris confutatur: & primò per text *in l. 8. D. qui potior.* ubi dicitur privatum præferri fisco, si prior hypothecam accepit, & ergo à contrario sensu si postea accepit non præferetur: secundò per *l. si quis 28. d. iur. fisc.* quod si enim iuxta eum textum fiscus iure generalis hypothecæ in post-quæsitis, præfertur ei, qui prius acceperat hypothecam generalem, quanto magis præferetur ex tempore. Tertiò per textum *in l. 3. C. d. remiss. pignor iuncta l. 4 C. qui potior.* ibi, *cum republica postea contraxit*, quamvis dubium sit an respublica habeat tacitam hypothecam, de quo dicemus th. seq. lit. F Quartò, textus est *in l. 2. C. d. privil. fisc.* ubi expresse dicitur, si priusquam maritus res suas uxori pro dote obligaverit, (etenim illo iure nullam hypothecam tacitam habuit uxor) cum fisco contraxerit, fiscum causam pignoris prævenisse. Denique facit textus *in l. 3. C. d. privil. fisc.* ubi dicitur ex eo tempore quo quis cum fisco contraxit, omnia eius bona fisco tacitè esse obligata, & inde ad ius prælationis ex tempore infertur. Sed opinio ista Sichardi prolixiori refutatione est indigna. Neque minus notandus est ille Sichard. error, quo hypothecas expressas confundit cum privilegiatis: hæ enim præferuntur fisco, non autem expressæ simplices.

Et si nihil cum priori.] Ad regulam præmissam, quod prior tempore potior sit iure, aliquot ampliationes proponit Treut. quarum prima est, priorem esse potiorem, etiamsi nihil cum priori, sed tantum cum posteriori de venditione pignoris convenisset. Sensus hic est, ius prioris potius esse, etiamsi hypothecæ quam accepit, non fuerit adiectum pactum de vendendo, fuerit autem adiectum hypothecæ posteriori *l. 12. §. ult. qui potior. in pign.* Ratio dubitandi est, quod effectus & usus pignoris est in iure vendendi. Ratio decidendi quia ius vendendi, etiamsi nulla eius facta sit mentio, ipsi naturæ pignoris inest. Altera ampliatio est etiãsi creditor postea obligationem novaverit iisdem tamen acceptis pignoribus, ut nihilominus ei qui ante factam novationem sed post primum contractũ, ead. pignora acceperat præferatur, per *l. 3. & l. 12. §. Papinian. 5. alias l. si prior D. qui potior.* Ratio dubitandi hic fortior est, quod novatione facta pignora antea accepta liberantur *l. novatione 18. d. novat.* ut adeò non nisi à tempore secundæ & novæ obligationis, rursus hypotheca incipere videatur. Ratio decidendi in contrarium

est,

est, non tam ex summo iure, quam ex æquitate, quod cum minimè animo liberandi pignus creditor fecerit novationem, sed ut idem pignus repeteretur, iniquum sit creditorem amittere ius prioritatis: & ideò hæc interpretatio facta est, ut creditor in locum proprium succedere credatur, in eam scilicet summam, quæ ante debita, non quæ per novationem adiecta fuit.

Tertia ampliatio à Tr. ita proponitur: & si pignus scriptura privata tribus testibus signata probaverit, quamvis alter publicum instrumentum habeat *l.* 11. *C. qui potior.* Quæ ampliatio minus rectè se habeat, quoniam ex ipsa *l.* 11. docemur, quoad hunc effectum, scripturam privatam trium testium subscriptione munitam, instrumento publico æquipollere. Et hæc igitur potius limitatio est: quoniam posterior tempore instrumentum publicum habens, præfertur ei qui nititur instrumento merè privato. Ubi obiter notandum, quod Andreas Geil. scribit 2. *obs.* 27. procedere etiam constitutionem *dict. leg.* 11. si quis citra scripturam tribus testibus hypothecam probet.

Quarta ampliatio hæc à Tr. traditur, etiamsi à non domino pignus datum sit ex *l.* 14. *qui potior.* Sed & hic est quod desideretur: quoniam si ponas rem à non domino & domino diversis pignori datam esse, hic procul dubio potior erit: sed & in diversis non dominis secus se habet, quoniam præfertur non cui prius res obligata est, sed qui possidet *d.l.* 14. quæ ostendit Tr. sententiam tantum procedere, si unus non dominus rem obligaverit: cui non obstat *l.* 9. §. 4. *d. publician.* quoniam alia venditionis ratio est, alia pignoris & hypothecæ, ad quam ex sola conventione ius reale acquiritur.

Quinta ampliatio est, etiamsi prior creditor sub conditione contraxerit ex *l.* 9. §. 1. *& l.* 11. *in princ. qui potior.* quod iuxta superius notata accipiendum est de conditione, quæ etiam invito debitore impletur & existit.

Sexta ampliatio: etiamsi priore creditore generalem habente, posterior specialem acceperit: ut videlicet ille etiam in rebus posteriori in specie obligatis sit potior *l. si generaliter* 6 *C. qui potior.* quoniam ut alibi dicitur, generalis oratio compendio sermonis omnes species comprehendit. Et hoc adeò & amplius obtinet, etiamsi prior ex aliis bonis, extra ea quæ in specie secundo obligata sunt, debitum suum redigere possit *l.* 2. *in pr. D. qui potior.* Cui tamen contrarium

videntur reſcripſiſſe Impp. *in l. 2. C. d. pignor.* non eſſe auferendum pignus ſpeciale poſteriori, ſi priori aliâs ſatis ſit conſultum. Veriſſima eſt Accurſ. conciliatio: intereſſe, an prior habeat generalem hypothecam tantum, & omnimodò potior eſt, iuxta *dict. l. 2. in princ. qui potior.* aut habet hypothecam duplicem, alteram ſpecialem alteram generalem: & hic ex rigore iuris poteſt perſequi quamcunq; rem velit arg. *l. creditoris 8. d. diſtract. pignor.* ſed ex æquitate ſuccurritur poſteriori, ubi alia ſpecialiter obligata ſufficiunt bona priori: idque licet pravo iudicio improbet *Ant. Fab. 6. coniect.* 13. ſuadent ipſa verba *d. l. 2. C. d. pignor.* ibi, *temperanda tamen iuriſdictio eſt*: & quidem ex hac non obſcura ratione, quod qui cum ſpeciali hypotheca accipit generalem, hoc quaſi tacitè agere videtur, ut generalis ſit ſubſidiaria, ad quam non niſi poſt ſpecialem recurſus fiat. Et hanc quidem interpretationem feciſſe videntur Impp. & ita explicaſſe iſtam pignoris obligationem: cæteroquin ſi re vera talis conventio apparuiſſet, nihil neceſſum habuiſſent ad officium iudicis & temperamentum iuriſdictionis confugere, ſed reſpondiſſent cum Papin. *in l. 2. verſ. quod ſi ea, qui potior* poſteriorem hic non tam priorem, quam potius ſolum inveniri, quippe deficiente conditione ſub qua generalis hypotheca accepta eſt, ſi ex ſpeciatim obligatis, debitum ſervari non poſſet, quod fieri poſſe præſupponunt *Impp. in dict. leg. 2. d. pignor.* Etenim omninò aſſentior *Cuiacio* 11. *obſ.* 32. hunc caſum tractari à Papin. *in l. 2. verſic. quod ſi ea, qui potior.* quo poſt ſpecialem hypothecam, ſub conditione *ſi iſta non ſufficeret*, generalis hypotheca adiecta fuit: eoque ita ibi legendum, *ſi pecunia de his quæ ſpecialiter accepit &c.* quam lectionem nec priſcis interpretibus ignotam fuiſſe vel illud argumento eſt, quod poſt Gloſſ. *Salicetus in dict. leg. 2. Cod. d. pignor. d. verſ.* de eo caſu explicat & accipit, ubi quis habuit duas hypothecas, ſpecialem purè & generalem ſub conditione: quod examuſſi convenit cum ſententia Cuiac. Vulgatæ autem lectionis hoc vitium videtur, quod aut ibi tautologia eſt, ſi cætera bona intelligas univerſa: aut ſi intelligas ſecundo creditori obligata, ineptus videatur ICtus, dum in priori conventione proponit, quod poſtea cum ſecundo debitore conventum fuit. Nec recipienda eſt Accurſ. explicatio, qui ibi fingit mutari caſum, & neſcio quæ excepta proponit, quod à mente ICti eſt alienum. Nec magis probabilis eſt Ant. Fabr. emendatio, ut pro,

cætera,

cætera, legamus *certa*: quoniam apparet ICtum voluisse proponere duas species generalis obligationis, & exceptionem subiicere ad casum priorem, quo generalem hypothecam habens etiam in specialiter alteri obligatis præfertur: quod videlicet obtineat in hypotheca generali purè concepta, non autem inconditionali, quā speciem secundo loco proponit. Et omninò cætera bona relationē habent ad casum priorem de bonis generaliter obligatis, & per cætera ICtus procul dubio universa bona, præter ea quæ specialiter obligata erāt intellexit. Et commodissime hypothecæ speciali subiicitur in subsidium generalis, non autem, quod ex sententia Fabri efficitur, vice versa, generali specialis, cū potestate generalis omnes species comprehendantur. Ex his autem apparet, à Tr. siquidem verba eius sequimur, nec quæstionem istam, nec Cuiac. sententiam rectè perceptam fuisse. Etenim cum dixisset, præferri eum qui generalem habet specialem habenti, etiamsi ex speciali possit redigi debitū, subijcit hanc limitationem, *nisi pignus speciale sub hac conditione datum fuerit, si generale non sufficeret.* Quæ verba cum efficiant, conditionem adiectam fuisse secundæ obligationi, attamen *in d. l. 2. qui potior.* conditionem priori non posteriori oppignorationi adiectam fuisse apparet. Sed & in iisdem verbis casus invertitur, quoniam iuxta *d. l. 2.* non pignus speciale, sed generale sub hac cōditione datum fuit, si non sufficeret speciale. Et ergò ita dicendum erat, præferri in iis quæ specialiter secundo obligata erant, eum qui generalem habet priorem, nisi generalis præcedenti speciali per conditionem fuerit adiecta: & per conditionem sive expressam, iuxta *dict. l. 2. vers. quod si ea, qui potior.* quo casu secundus in pignore non tam potior quam solus est: vel ut ante dictum, quodammodo præsumptam, ubi simpliciter hypothecæ speciali adiecta fuit generalis: quo casu secundus ex æquitate & per temperamentum iurisdictionis defenditur. Et hinc porrò efficitur, ineptam esse alteram præmissæ ampliationis limitationem, in his verbis *aut nisi creditori quædam specialiter, deinde generaliter omnia bona absque ulla conditione pignori data sint*: quę verba inferunt, quo magis absit conditio, tanto minus præferri priorem in specialiter secundo creditori obligatis: cuius contrarium ex iam dictis verum esse apparet.

Item nisi is.] Hæc alia & nova limitatio est ampliationis sextæ,

per quam limitationem negat, vigore generalis hypothecæ anterioris præferri creditorem, concurrenti creditori posteriori qui specialem habet, & maximè eam per adiudicationem titulo dominij possidet, si ille prior creditor aliunde ex bonis debitoris suum consequi possit. Quæ limitatio, siquidem, quod verbum, *maximè*, arguit, etiam extra casum adiudicationis procedere debet, manifestò destruit ipsam ampliationem, & responsum Papin. *in l. 2. in princ. qui potior.* Nec quicquam mutare potest, quod de concursu dicitur: vel quia in casu concursus hæc quæstio regulariter tractatur, vel quia tanto minus ius priori quæsitum auferri potest. Nec quicquam etiam pro Tr. facit *auth. hoc. si debitor C d. pignor.* iuxta quam non excusso prius debitore principali, possessores hypothecarum non possunt conveniri. Etenim nihil necessum est, ut ab aliis hypothecas possideri dicamus: & ex auth. illa, non tantum iis quibus res possessa obligata est, sed quibuscunq; possessoribus illa exceptio datur: & ut quæstioni locus sit, termini habiles ponendi sunt, quibus actioni hypothecariæ & persequutioni pignoris sit locus: quo casu prorsus falsum est, quod affirmat Tr. & quod alij *in Nov. 112. in fin. c. 1.* annotarunt, à possessore specialis hypothecæ, posse obiici ei qui generalem habet, exceptionem discussionis, ut prius cætera bona persequatur: cum præsertim ibi Iustin. temporum privilegia unicuique creditori servari iubeat *d. Nov. 112.* & est manifestus paralogismus, ex eo quod obstat exceptio discussionis, quod nondum conventus fuit reus principalis, inferre, obstare exceptionem discussionis, quod nondum alia bona debitoris fuerint excussa: illud verum, hoc falsum est, neq; ut diversum ex illo inferri potest, quod præsertim constitutio correctoria iuris antiqui ad casus dissimiles non sit extendenda.

Sed colorem habet sententia Tr. ubi rem sibi in specie hypothecatam secundus creditor ex iudicato, & quidem ut Tr. ait, iure & titulo dominij possidet: quoniam propter autoritatem rei iudicatæ, suadet ratio, ut factum illud sustineatur, quod præsertim fieri potest citra graviorem iniuriam tertij, qui ex aliis bonis pecuniam salvam habere potest. Est autem iste casus rarior, quoniam multa intervenire oportet, ut eò deveniatur *argu. l. 3. C. d. iur. domin. impetr.* neque eum casum proponit Geil. sed eum, quo possessor tertius beneficio *auth. hoc si debitor C. d. pignor.* excludit creditorem hypothecarium,

qui

qui nondum convenit debitorem: & *Iohannes Koppen. decis.* 4. *num.* 11. tribus verbis tantum ait, sustineri executionem, si secundus creditor diligens fuit in exigendo debito, & tacente priore creditore pecuniam suam ex pignore bona fide comparavit: quæ sententia satis obscura est, pro qua inepte adducit ille *l.* 5. §. 1. *d. reb. autor. iudic.* nec melius *l. pupillus* 24. *in fin qua in fraudem creditorum*, licet enim sibi vigilare & conditionem suam facere meliorem, sed citra iniuriam tertij, cui quacunque vigilantia mea ius quæsitum auferri non potest, per textum in terminis *in l.* 2. *C. d. his qui in prior. creditor. loc.* ubi dicitur nullam esse quicquid à posterioribus creditoribus actum est, circa rem, quæ alteri prius obligata erat. Adde aliquid de hac materia concurrentis hypothecæ generalis & specialis, *ex Mynsing.* 6. *obs.* 94. *Covarruv.* 3. *variar. resolut.* 18.

Atque hæ sunt ampliationes Tr. ad regulam qua prior tempore dicitur esse potior iure: quibus septimo loco non inelegans addi potest: si duo habeant hypothecam generalem, quam diversis acceperint temporibus, quod tempore prior in bonis post quæsitis omnibus & in solidum præferatur secundo, licet post huius quoque obligationem bona fuerint quæsita: quæ olim fuit sententia Azonis, ut refert *Gloss. in l. idemque* 7. §. *ult. qui potior.* & *Iacobi de Aretio*, ut refertur *à Cyn.* & *Salicet. in l. licet.* 7. *Cod. qui potior.* & sequitur *ibid. Cyn.* & *Bartol. ibid.* veritatem esse dicit, verius & communius esse affirmat *Koppen. decis.* 4. *numer.* 6. & 7. pro qua opinione adducitur *dict. leg.* 7. *C qui potior.* à contrario sensu, quoniam ex eo, quod in re postea comparata præfertur, ex cuius pecunia res comparata fuerit, colligere licet, alios qui privilegium non habent postponi. Et tamen hic non male respondetur, probari quidem ex *d. l.* 7. quod secundus regulariter potior non sit: quod autem prior solus & in solidum potior sit, non probari: cum detur tertium, quod videlicet uterque in rebus post quæsitis concurrat: quod *in d. l.* 7. *C. qui potior.* probat Scilicet. *post Gloss. in d. l. idemque* 7. §. *ult. D. eod.* ubi in his terminis duo in reb. futuris & postea quæsitis concurrere dicuntur. Neq; enim differentiam facere potest, quod secundus specialem hypothecam accepit, quoniam generalis hypotheca omnes res singulares comprehendit. Et eod. modo respondere potest ad *l. si. is* 28. *d. iur. fisc.* ex qua itidem à contrario sensu probatur opinio Iacob. de Aret. quoniam hoc speciale dicitur in

fisco, ut concurrens cum alio generalem hypothecam priorem habente, in post quæsitis præferatur. Etenim hinc ex duobus privatis non præferri secundum probatur, non autem quod prior solus præferatur. Et divinatoria est Azon. & Cyn. responsio *ad d. l. 7. qui potior.* quod ibi uterque simul acceperit hypothecam: cum præsertim ICtus alia ratione uti videatur quod utriusque ius in postquæsitis par sit: idq; colligitur ex ratione dubitandi quam ibi proponit ICtus, quod ex nummis debitoris, qui generali hypotheca continentur res fuerit comparata. Et Facit pro sententia Salicet. hæc ratio, quod omnis hypotheca rerum futurarum habet in se conditionem tacitam, si debitori fuerint acquisitæ, *per dict. leg.* 7. § *ult. qui potior.* quo facto demum eum incipiat pignoris obligatio, non potest primus dici prævenisse pignoris causam neque quoad rem post utriusque obligationem acquisitam, obtendere privilegium temporis. Ex quo solvitur alia ratio Iacob. de Aretio relata à *Cyn. & Bar. in d. l.* 7. *C. qui potior.* quod in pignore constituendo fortius operetur conventio, imò quod per solam conventionem acquiratur ius reale. Etenim respondeo quod hoc operetur conventio, sed *positis* terminis habilibus, dominij apud creditorem existentis, quo tempore hic non minus cum secundo quam cum priori de hypotheca conventum est. Neq; aut necessum est, ut hic retro fictionem introducamus, aut si id facimus, nihil occurrit, quo minus ad contractum cum secundo initum conditionem retrotrahamus, quoniam utriusq; hypothecæ conditio inest, eoq; aut sibi mutuo obstabunt, aut potius concurrant: ut autem in re aliena & incerta pignus constitisse fingamus tempore prioris conventionis, tum iuri tum iuris rationi, tum conditionis naturæ repugnat. Et hinc non videtur verum quod iam citato loc. Koppen. scribit, conditionem quæ inest, obligationi rerum futurarum, purificatam retrotrahi tantum ad tempus prioris conventionis: quoniam ut dixi, conditio quoq; inest conventioni posteriori: quamvis dici possit, hactenus operari istam conditionem, ubi prior fuerit dimissus, atque ita sub ordine iuris communis. Cæterum nihil movet quam adducit Koppen *l. 9.* §. 1. *qui potior.* quoniam ibi conditio fuit adiecta obligationi principali, quæ cum trahatur ad tempus ipsius obligationis, retrò etiam rectè videtur res obligata, & ea scilicet res, quæ tempore contractus & conditionis adiectæ erat in bonis debitoris. Et ita omninò ut con-

conditio retrotrahatur, oportet eam coniungi posse cum tempore contractus, & rem esse habilem, videlicet (in hac quæstione) in dominio debitoris: res autem aliena & futura est inhabilis, in qua demum incipit obligatio ab eo tempore, quo incepit esse in dominio debitoris. Verum istud ego in medium relinquo.

Et hæc regula.] Quod videlicet prior tempore potiòr sit iure. Quod autem eam negat locum habere in pignore prætorio, quod videlicet per missionem in possessionem constituitur, simpliciter admittendum non est, per notata *supra th.* 3. *lit.* G. secundum quæ commodè intelligi potest quod indefinitè citati Geil. & Wesemb. ei in isto quoq; genere pignoris locum faciunt.

LIT. F.

Aut quia res.] Tertium hoc est membrum quo iuxta Tr. quis citra privilegium & citra temporis prioritatem priori hypothecæ præfertur. Verum hoc ego perspicuè falsum, & ex ratione iuris nostri fieri non posse puto, ut quis iure simplicis hypothecæ citra privilegium præferatur anteriori: ideoque statuendum omninò est, quod ille, qui rem pecunia sua comparatam hypothecæ accepit, privilegium habeat & ius prælationis annexum hypothecæ: quod ipsum colligitur *ex l. licet* 7. *C. qui potior.* ubi dicitur, autoritate iuris declarari, quod hic omnibus anteferatur. Istud autem scrupulũ hic movere posset & dubitari, quomodo & alij possint esse anteriores, siquidem iuxta *d. l.* 7. requiritur ut sub ipsum tempus venditionis res obligetur, & iure communi in re aliena pignus non consistat. Nisi ponas 1. prædium bona fide possessum alteri fuisse obligatum, inde à domino pecunia alterius comparatum: quoniam cum dominio superveniente retro pignus conualescit arg. *l.* 1. *d. pignor.* aliâs ille iure communi præferendus esset. 2. bona omnia fuisse obligata, quo casu in postquæsitis prior aut præfertur aut utique concurrit. An autem hoc casu, sicut & si quis in navem emendam aut reparandam crediderit, tacitam hypothecam creditor habeat, an expressa cõventione eù sibi prospicere oporteat, tractatur *th. seq. lit.* E.

Hic annecti potest.] Proponit quæstionem, an creditor anterior, habens hypothecam generalem, possit repetere pecuniam solutam posteriori creditori hypothecario. Et hoc quidem ius fisci esse cõmuniter statuunt Dd. per *l. pecunia.* C. *d. privil. fisc. l.* 18. §. *ult. cũ l. seq.*

D.d. iur. fisc. sed & in privato idem videntur tenere Gloss. Verum colligitur ex *Anton. Peregrin. lib. 6. d. iur. fisc. tit. 6, num. 8. & seqq. Covarr. pract. quæst.* 29. vacillare hic Dd. & distinguere cum inter conditionem ex lege & actionem hypothecariam *argument. l. ult. § fin verò 6. C. d. iur. deliber.* tum inter causam lucrativam & onerosam: tum denique inter simplices hypothecarios & privilegium habentes. Et quod ad priorem distinctionem attinet, siquidem ius illud creditoris esset, pecunia bona præsertim fide consumpta, condictione foret opus: posteriores autem quæ distinctiones rationi iuris non conveniunt, quoniam posita temporis prioritate, nisi alius ius prælationis habeat, ponitur etiam ius pignus persequendi, quod nec à causæ qualitate variatur, nec per simplex privilegium impeditur. Ego autem, extra casum quo concurrentibus & urgentibus creditoribus, ius debitoris in rebus quasi præclusum est, non dubitarim in negantem sententiam descendere, non quod translato rei pignoratæ dominio ius pignoris evanescere videatur: quoniam imò excepta præscriptione decem aut viginti annorum ius dominij non perimit ius pignoris *l. 1. §. 1. d. pignorib.* cum utique res transeat cum sua causa: sed defendam sententiam negativam propter solam naturam conditionem & qualitatem pecuniæ, quæ ut ita loquar est in perpetuo modu & destinata commutationibus & commerciis, ita ut si sententia affirmativa recipiatur, quemadmodum ex Dd. disputant citati *Ant. Peregrin. & Covarr. & Moller. 2. semestr.* 4. necessum sit turbari totam rationem commerciorum, & forum perpetuis controversiis personare. Et fuerit perquam absurdum negare debitori ius liberè expendendi & recipiendi pecunias: posito autem iure libero alienandi rem, consequenter negatur ius eiusmodi rem rectè & licitè alienatam revocandi: quod aliâs hypotheca ita rem afficiat, ut eam alienans furtum committere dicatur *l. si is qui 66. in pr. d. furt.* & propter illam, quam dixi perpetuam pecuniæ commutationem non potest ea dici transire cum sua causa: & omninò eiusmodi rei quæ continuò & quotidie erogatur, & cuius altera vicissim accepta locum & vices subit, ea non potest esse obligatio & hypotheca, ut à tertio possessore avocari possit. Solent autem pro affirmante sententia hæc afferri, quæ ferè ex iam dictis dissoluta sunt, &

1. quod generalis hypotheca res quascunque creditoris comprehendat, quod etiam de nummis in specie probatur *ex l. idemque 7. §. ult.*

ult. qui potior. Responsum iam est, specialem & propriam esse rationem nummorum, qui non nisi tempore instituendæ actionis penes debitorem deprehendantur, hypotheca contineri videntur: & facit ipsa *l.* 7. in qua dicitur, rem emptam ex nummis pignoratis, ipsam pignoratam non esse. 2. adducit Ant. Peregrin. *l. cum tabernam* 34. *d. pignorib.* Sed rectius ille textus retorquetur, quod iuxta eam taberna pignori obligata, merces ita iure alienantur, ut creditoribus nullum eas persequendi ius sit: quod adeò multò magis in pecunia statuendum est, quæ omnimodò naturam rei venalis, & amplius habet. 3. adduci potest, quod fiscus eo iure non ex speciali privilegio uti videatur. Resp. quod imò rectius dicatur esse privilegium fisci: idque probant (ut nihil dicamus quod uterq; textus sub rubric. de iure & privileg. fisci, collocatus est) ipsa verba *l. pecunia* 5. *C. d. privileg. fisc.* ibi, *si postea ex iusta causa restituenda erit*: ut proinde cognitione causæ opus hic sit: & in fin. ibi, *extraordinario iure aufertur*: & ex rescripto principum hoc ius fisco competere, ostendit *l. deferre* 18. §. *ult. d. iur. fisc.* Affertur. 4. quod dicitur *in l. ex facto* 52. §. *ult. d. pecul.* cautionem exigendam à creditoribus, videlicet de restituenda pecunia, qui de peculio agunt, eò quod filiusfam. habet creditores privilegiatos: cui accedit *l.* 3. *quod cum eo qui in aliena*: ubi dicitur ratio habenda creditorum privilegiatorum. Resp. tum quod ex his non inferatur ad ius vindicandi pecuniam iure hypothecæ, tum quod hoc pertineat ad casum concursus creditorum: quo etiam aliquo modo referri potest *d. l. ult.* §. 6. *C. d. iur. deliber.* ubi heres adit hereditatem quæ non putabatur esse solvendo cum beneficio inventarij, cuius adeò solutio non debet præiudicare creditoribus, de quorum iam concursu agitur, & qui ad confectionem inventarij sunt citandi. Et licet ergò concludere sententiam negantem non tantum ex æquitate, ut putat *Moller.* 2. *semestr.* 4. sed etiam iure esse veriorem.

Et igitur multò minus dubitari potest, quin in concursu duorum creditorum non privilegiatorum sit præferendus, qui bona fide pecuniam accepit: quod Tr. *in vers. & si ibid.* ita proponit, ac si obstaret sententiæ affirmanti, cum tamen nihil prorsus ad istam rem pertineat. Illud quoque certum est, quod *in vers. aliud est*, proponit Tr. siquidem hic finis est cautionis, ut probato postea ab alio iure prioritatis pecunia restituatur argument. *d. l.* 52. §. *ult. d. pecul.*

quamvis in hoc casu depositæ apud iudicem pecuniæ, cautionem non admittendam, sed exitum & finem iudicij expectandum rectè moneat *Moller. d. cap.* 4.

THESIS VII.

LIT. A.

De Fisco.

Incipit hic tractare de iis qui privilegium habent, quorum duas facit classes, eorum qui solum privilegium habent, quod hic opponit hypothecæ, & eorum, qui privilegium habent cum hypotheca. Privilegium autem duplex est, quod ab hypotheca distinguitur, aliud personale quod inducit prælationem inter chirographarios: aliud ut ita dicam, reale, quod operatur prælationem contra priores hypothecarios, & in specie solet dici prælationis. Et hoc annexum est hypothecæ vel tacitæ, veluti in persona mulieris pro dote, de quo lit. seq. vel expressæ, veluti in persona eius, cuius pecunia res comparata est. Et non de huiusmodi privilegio, quale fiscus & pupillus non habent, sed de illo accipiendus est Treut. Et tamen vix excusari poterit Tr. quin ista confusim proposuerit: tum quod cum fisco & pupillo coniungit mulierem, quæ ius prælationis habet contra hypothecarios; tum quod illud privilegium quod tantum personale est, contra quemcunque hypothecarium nullam prorsus efficaciam habet: hic autem cum de iure prælationis tractatur, eiusmodi privilegium annexum hypothecæ intelligi debet, non quod in personalibus prærogativam tribuit, & nihil commune cum hypotheca habet, sed cuius vigore prælatio est contra anteriores hypothecarios: cuiusmodi privilegium fiscus non habet, sed ex tempore præfertur & postponitur privato anteriorem habenti *l.* 8. *qui potior.* facit quod subiicit statim Treut. de fisco præferendo in bonis post quæsitis *ex l. si quis* 28. *d. iur. fisc.* & præferendo non iure communi, sed ex privilegio; neque ibi alia de causa proponit ICtus quod fiscus prævenerit causam pignoris, nisi quod aliâs ius prælationis fiscus non habet. Est autem *d. l.* 28. hæc species. Titius ex contractu, Sempronij debitor, ei omnia bona sua obligavit, postea cum fisco contraxit, ex quo itidem omnia bona fisco obligata esse cœperunt. Postea alia bona acquisivit Titius, quæritur in iis quis potior sit iure hypothecæ. Si inter duos privatos res ageretur, iuxta superius disputata

putata, aut priorem in solidũ esse potiorem, aut utrumq; concurrere responderemus: sed in fisco speciali iure receptum est, ut ipse videatur prævenisse causam pignoris in post quæsitis, adeoq; in his priori privato præponatur. Cui cõtrarium videtur respondisse Scævola *in l. ult. qui potior.* ubi Accurs. in prima respons. intelligit bona quæsita post primam obligationẽ antequam cum fisco contractum esset: quomodo nec apparet ratio dubitandi, & rectè *Anton. Fab.* 2. *coniect.* 10. existimat Scævolam aliquid magis dubitabile tractasse. Nec melior est tertia eiusdem Accurs. explicatio, ut omninò Titium antea cũ fisco quã cũ Seia cõtraxisse intelligamus. Intermedia eiusdem conciliatio tolerabilis, & fortassis vera est, quod *in l.* 28. concurrat fiscus cum privato, qui tantum tempore prior est, seu *in l. ult. qui potior* cum eo qui & anterior tempore est, & insuper privilegio speciali subnixus, videlicet pupillus; quæ conciliatio non multum abit ab ea quam proponit *Conan.* 4 *comment.* 17. *num.* 7. *&* 8. ubi hoc speciale esse ait in hypotheca legali tacita, ut quæcunq; post cõtractum celebratum debitor acquirit, ea prioritatis quodam iure sint obligata, quod videlicet lex potentius operetur, quam conventio privatorum; quod innuere videtur Vlp. *in d. l.* 28. dum ait, fiscum pignoris causam prævenisse. Et hinc apparet ratio decidendi ad *dict. l. ult. qui potior.* quod ibi agitur de pupillo, qui & ipse tacitam hypothecam habet, cuius potestas etiam adeò prius sese exeret, quam hypothecæ fiscalis, cum & vulgò dicatur, quod privilegiatus non utatur iure suo contra alium privilegiatum. Illud autem verius est, quod etiam iure Digest. pupillus in bonis tutorum habuerit tacitam hypothecam, de quo actum est supra *disp.* 1. *th.* 4. *lit. G.* Sed contra hanc conciliandi rationem disputat *Ant. Fab.* 2. *coniect.* 10. & ait, 1. ex duobus legalem hypothecam habentibus neutrum in hac quęstione alteri debere præferri, non magis ac si duo hypothecam conventionalẽ habeant, qui in post quæsitis concurrãt. Atquin illud tantũ dicit, sed cur ita debeat esse nullã affert rationẽ; hoc aũt ex ante dictis non liquidũ sed maxime controversum esse apparet, annon potius prior in post quæsitis in solidũ præferatur: ꝗ sicut cõmunius receptũ est in duob. privatis, qui ex conventione hypothecã habent, ita ẽt recipi poterit in duob. qui habent hypothecã legalem, eoq; limitanda erit *d. l.* 28. *d. iur. fisc.* Ait 2. Ant. Fabr. non posse ad *d. l. ult.* rationem decisionis peti à duplici iure, temporis & tutelæ; tum quod

si ex duorum pupillorum pecunia res comparata sit, uterque concurrat *l. 7. in princ. qui potior.* tum quod privilegium fisci sit favorabilius quam pupilli: quod probare conatur *ex leg. 1. §. ex illa ad L. Cornel. d. falf.* ubi. refertur constitutio Impp. ex qua pœna falsi irrogatur tutoribus, qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt: cuius rationem nullam aliam esse ait, quam quod pupillis aliâs fiscus ex tacita hypotheca præferretur. Verum utraq; ista ratio nullius est pretij: illa quia alia ratio est ubi duobus simul & eod. tempore res obligatur, alia ubi temporis est ordo & diversitas, quod accidit in specie *d. l. ult. qui potior.* ubi hypotheca pupilli legalis tempore antecedit: hæc autem tum nihil concludit, quia diversi sunt termini ob prioritatem pupilli, quæ illius causam facit esse potiorem, utcunque aliâs conditio fisci esset favorabilior: tum quod hoc ipsum magis est ut verum non sit, & ineptè confirmetur ex *l. 1. §. 9 d. falf.* quoniam constitutionis eius hæc ratio reddi potest, ne fiscus damnum sentiat, cui utpote posteriori tempore, nec prælationis ius habenti pupilli præferrentur. Ipse autem Ant. Fab. hanc putat esse sententiam Scævolæ *in l. ult. qui potior.* quod Seia præferatur fisco in bonis post priorem obligationem, etiam postquam contractum cum fisco erat, quæsitis, sed non in quæsitis post interpositam novationem. Quo quidem nihil ineptius dici posse existimo: etenim hoc modo *d. l. ult.* non reducitur in concordiam cum *L. 28. d. iur. fisc.* in qua expressè dicitur fiscum in bonis post contractũ suum quæsitis præferri: & ridiculum est existimare, quod per novationem inter privatos autoritate privata factam deterior fiat conditio fisci, & ius ipsi quæsitum auferatur. Suavis autem est ratio Ant. Fab. quod per novationem bona quæ antea erant futura, facta sint præsentia. Neque enim ideò minus verum est, quod bona fuerint quæsita ante novationem & post contractum celebratum cum fisco, in quibus bonis causam pignoris fiscus prævenisse dicitur *leg. 28. d. iur. fisc.* cui privato aliorum facto derogari nequit, cum aliâs nullo negotio fisco fraus fieri, & privilegium eius everti posset. Cui obiectioni non minus suaviter respondet Ant. Fab. non facere in fraudem qui sibi prospicit ne suum perdat, neve pignorum persequutionem amittat. Hæc etenim mera petitio principij est, & iuxta *leg. 28. d. iur. fisc.* in post quæsitis fiscus ius potius habet, cui illud per conventionem auferri non potest. Sed obiter cætera quoque quæ *in pr. d. cap.*

tractat

tractat *Ant. Fab.* excutiamus: & ille ibi tanquam pro re magna monet, non semper priorem esse, qui prior contraxit, sed qui prior hypothecam accepit: de quo nec dupondius dubitaret, & fatuus sit qui regulam, quod prior tempore potior sit in pignore, ad tempus principalis contractus, non acceptæ hypothecæ retulerit: quamvis in iis qui tacitam hypothecam habent, tempus contractus & tempus hypothecę concurrat: ideoque *in d. l.* 28. privatus quidem hypothecam accepisse, sed fiscus simpliciter contraxisse proponitur. Et ineptum est exemplum *ex l.* 7. §. 1. *qui potior.* de duob. concurrentibus qui diverso tempore pignus acceperunt: siquidem illud procedit in privatis & in pignore rerum futurarum, quod est conditionale: quamvis ut supra relatum communis sententia in ea specie utrique eodem tempore rem obligatam fuisse existimet. Sed illud prorsus vitiosum, quod Ant. Fab. in specie *d. l.* 28. tempore priorem hypothecam fisci fuisse existimat, qui ex suo contractu & ab eo tempore statim habeat pignus, non autem privatus: ideoque fiscum in bonis post quæsitis non præferri privilegio speciali, sed iure communi. Hic equidem lusciosum oportet fuisse Fabrum, qui non viderit *in d. l.* 28. non proponi contraxisse fiscum post simplicem contractum privati, sed postquam huic omnia bona obligata fuerant: quo casu iure communi privatus in post quæsitis aut solus prior fuisset, aut cum fisco concurrisset. Sed piget in confutando illo capite, quod totum una litura inducendum est, plura verba perdere. Illud denique addo errare *Forner.* 2. *select.* 24. ubi putat hypothecam privati *in l.* 28. *d. iur. fisc.* fuisse conditionalem, ideoque textum emendat ita: *si quis mihi obligaverit, quæ habet habiturusque esset, cùm cum fisco contraxerit &c.* & ea aliâs etiam inepta conventio sit futura.

Idque etiamsi creditor. Ampliat Tr. quod dixerat de prælatione fisci, ut obtineat etiamsi alter creditor præter hypothecam aliud habeat privilegium post Ant. Fabr. *d. cap.* 10. *lib.* 2. *coniect.* Et dependet hoc à tractatione præcedenti, & ad improbandam ante traditam Accurs. quem & Bartol. sequitur, opinionem: cessare constitutionem *dict. l.* 28. *d. iur. fisci.* si privatus non tantum temporis prioritate, sed etiam alio privilegio nitatur. Et potest hoc, pro ut accipiatur falsum & verum videri. Nam privilegium quidem simplex personale nihil potest contra hypothecam, quæ qualicunque huius-

modi privilegio potior & potentior est *l.* 9. *C. qui potior.* neque tale privilegium licet cum hypotheca coniunctum, prælationem inducere potest contra hypothecam anteriorem: aliâs enim fiscus, qui etiam privilegium in personalibus habet, anterioribus hypothecis præferretur, quod falsum est *l.* 8. *D. qui potior.* Sed potest ea sententia Accurs. & Bartol. locum habere, ubi alius contra ius commune ex speciali privilegio sibi vindicat prioritatem, veluti fiscus *in d. l.* 28. ut videlicet in his terminis privilegium V. C. pupilli aliquam habeat efficaciam, ad asserendum sibi ius commune, & ex tempore prioritatem; quæ species est *l. ult. D qui potior.* Ex quo potest firmari sententia communis de qua paulò superius diximus, quod in post quæsitis qui prior generalem hypothecam habuit in solidum præferatur, quoniam *in d. l. ult.* non concurrit pupillus, sed usque dum totum debitum consequatur, fisco potior est.

Alias enim ab hypothecariis.] Sententia, ut puto, hæc est, quod extra post quæsita, & extra casum quem hactenus tractavimus, in iis, quæ tempore hypothecæ contractæ debitor in bonis habuit, quivis privatus qui hypothecam accepit, ex temporis prioritate fisco præferatur *d. l.* 8. *qui potior.* quoniam fiscus prælationis privilegium contra hypothecarios non habet. Neque dubitandum est, quin idem sit in hypotheca tacita quam privatus habet, quin iuxta paulò ante tradita minus contra eandem hypothecæ speciem fiscus præferri poterit: & ab hoc non deprehendo dissentire citatum *Ant. Fabr. d. cap.* 10.

Imò & in dubio.] Ampliat quod proximè dixerat de prælatione privati contra fiscum ex temporis prærogativa, ut in dubio si non constet, an privatus an fiscus potior sit, privatus fisco sit præferendus ex *l.* 10. *d. iur. fisc.* ubi dicitur in dubiis contra fiscum respondendum esse. Cui sententiæ obstat, quod ante ostendimus, fiscum præ privatis hoc privilegio uti, ut etiam pecuniam creditori alij solutam repetere possit *l.* 5. *Cod. d. privileg. fisc. l.* 18. *§. ult. D. d. iur. fisc.* Sed non aliunde fortius quam ex sæpe *dict. leg.* 28. *d. iur. fisc.* sententia ista Treut. confutari posse videtur. Quod si enim isto casu post quæsitorum, quo aliâs communi iure privatus vel omninò potior est vel saltem concurrit, fisco prærogativa data est, multo magis præferetur fiscus, ubi dubitatur, an privatus iure communi sit potior. Neque iniquum est, ut fiscus ex causa contractus sui & tribu-

tributorum, aliquam habeat prærogativam, ubi certat de damno vitando, non de lucro captando: ad quos casus, vel etiam alios, quibus hypothecam non habet, referri potest *dict. l.* 10. *d. iur. fisc.* V. C. ubi agitur de occupatione fideicommissorum tacitorum iure caducorum, bonis vacantibus, bonis damnatorum, & aliis id genus, ad quæ pertinet vulgatum illud: malam esse fisci causam sub principe bono.

LIT. B.

Mulier.] De huius iure & privilegio prolixè satis agit Treut, & initio, quod privilegium & hypotheca uxoris incipiat non demum à tempore, quo dos numerata, sed statim ex quo promissa fuit, quam sententiam magis à Dd. probari, autor est *Salicet. in l. assiduis C. qui potior, num.* 4. *probat Br. ibid. n.* 5. Et facit huc *l.* 1. *qui potior,* (licet ibi de extraneo qui de dote sibi restituenda hypothecam accepit, tractetur) ubi traditur, eum qui dotem promisit, & de ea restituenda pignus accepit, ei præferri, qui post promissionem, licet ante residui solutionem acceperat hypothecam Licet enim *Accurs. in l. assiduis, C. qui pot.* aliud putat esse in hypotheca expressa, de qua est *d. l.* 1. nihil tamen video, quo minus favorabiliter dicamus, tempus promissionis esse tempus contractus à quo hypotheca tacita incipiat, *arg. d. l.* 1. Movetur autem ibi hæc ratio dubitandi: quod ubi est penes debitorem ne obligetur, ibi hypotheca adiecta à tempore contractus principalis non currit, ut dictum est supra *ex l.* 9. *qui potior.* atquin ut ibi proponit Papin. est in potestate mariti, qui videlicet de restituendo debitor est, an velit residuum accipere: ita enim rectè explicat Accurs. ea verba, *ne pecuniam residuam redderet,* id est, ne maritus eam acciperet, & acceptam redderet, quoniam ea est obligatio mariti, eoque respectu debitor est. Respondet autem Papin. hoc non probe dici, quod ita contra publicam utilitatem futurum sit, ut mulier esset minus dotata. In quæstione autem nostra ponimus utique iuxta promissionem ab uxore factam, sequutam fuisse numerationem, quæ coniungatur cum tempore promissionis. Et favorabiliter dicamus, cum eodem tempore promissionis coniungi tempus contracti matrimonij, (quod tempus inspici voluerunt ultra montani, ut refert Bart. citato loco) sub qua conditione dos promissa censetur. Possit autem videri hæc

quæstio

quæstio inutilis ex eorum quidem sententia, qui mulierem omnibus anterioribus etiam expressam hypothecam habentibus præferri existimant: & sane in specie *d. l.* 1. *qui potior.* posito hoc prioritatis iure, quæstio hæc frustranea esse videtur: sed iuxta sententiam receptiorem magnus istius quæstionis effectus est: sicut & hactenus utile est mulieri, ut à die promissionis hypotheca incipiat, ut omnes res quæ tum mariti sunt sint obligatæ, quæ al.âs ante numerationem alienatæ, hypotheca non continerentur.

An mulier præferatur omnibus mariti creditoribus.

Præferturque.] Vulgatissima hæc quæstio est quam attigimus supra *disp.* 1. *th.* 4. hic paulò fusius eam persequamur. Tr. sententia est, mulierem præferri omnibus mariti creditoribus, etiamsi priorem expressam hypothecam habeant, quam olim probavit Martinus & Iacob. de Aretio, & amplexi sunt Vltramontani teste *Salicet. in l. aßiduis. C. qui potior. num.* 4. ex qua constitutione decisio huius quæstionis petenda est: etenim ante Iust. uxor in dote privilegium quidem personale, sed hypothecam nullam habuit, nisi quam conventione propria sibi paravisset, velut *in l.* 2. *C. d. privileg. fisc.* sed Iust. initio hypothecam tacitam *l. ubi* 29 *C. d. iur. dot.* postmodum *in d. l. aßiduis*, etiam prælationis ius contra hypothecarios anteriores dedit. Neque abnuit quisquam, si in genere quæras, sed in specie controvertitur, an privilegium habeat contra quoscunque, an tantum contra quosdam. Et probo contra Accurs. & Bulgar. sententiam Martini, quam rectè sequitur Tr. quod mulier præferatur quibuscunque, (exceptis casibus quibusdam singularibus ut mox dicetur) & videlicet contra eos qui etiam expressam hypothecam anteriorem habent: in quo erraverunt Accurs. & Bulgar. & cæteri vulgò qui non nisi tacitis hypothecis anterioribus præferri mulierem existimaverunt. Illa autem quam sequimur sententia, ex ipsis Iustiniani verbis evidenter satis confirmari videtur: & 1. quod ille tot verba facit, & tam prolixè mulierum causam agit & quasi miseratur, ut satis apparet eum quam prolixissimè mulieribus consultum & tam accurrata præfatione sanctionem suam ab omnis iniustitiæ suspicione defendere & munire voluisse, & omninò hoc unicum egisse, ut dos contra quascunque aliorum actiones mulieri salva maneret: quem scopum minimè assequutus fuisset, si mulieribus tantum contra anteriores hypothecas tacitas privilegium dedisset: ab his enim quæ paucæ & singularibus casibus concessæ sunt,

longe

longe minus periculi est mulieribus, quam ab expressis, 2. in prin. proponit Iustin. conquestas apud se mulieres, quod propter ius anteriorum creditorum dotes suas amisissent, quibus querelis remedium afferre voluit Iustin. ridiculum autem sit existimare de tacitis tantum hypothecis mulieres fuisse conquestas. 3. argumentatur Iustin. à privilegio personali contra creditores chirographarios, & reprehendit veteres, qui hic quidem privilegium mulieribus concesserint, sed in realibus negaverint: quibus verbis apparet existimasse Iustin. æquum esse, ut idem privilegium in hypotheca haberent uxores, quod ante in personalibus habebant: atquin ut ibid. ait Iustin. mulieres olim contra omnes penè chirographarios privilegium & prærogarivam habuerunt. 4. Ait Iustin. se uxoribus dare privilegium contra omnes anteriores. Scio hic responderi ex verbo *privilegij*, adeoque hoc argumentum retorqueri, quod hypotheca tacita demum privilegium sit, non autem expressa. Verum ieiuna ista verborum est captatio, & eiusmodi accurationem verborum ineptè quis in constitutionibus Iust. desideraverit: quid quod alij bene respondent, utcunque hypotheca expressa utpote conventione quæsita, privilegium propriè loquendo non sit, attamen ius hoc prælationis, ut prior tempore potior sit iure, rectè privilegium appellari posse: quod aliâs ex conventionis prioritate prioritas iuris & prælatio inferri non posset, non magis quam inter chirographarios, quorum ius non ex tempore, sed ex causa æstimatur. Sed & amplius Iustin. non tantum appellat privilegium anterius, sed privilegium temporis, quo non minus fruuntur, qui hypothecam expressam habent, quod iam olim respondisse & expendisse Iacob. de Aretio refert *Salicet. in l. assiduis* C. *qui potior. num.* 4. 5. quod Iustin. si tantum contra tacitas mulierem præferri voluisset, illud procul dubio, quod in eo plurimum momenti esset, & quod præsertim sæpius circa expressas hypothecas controversia occurrit, vel uno verbulo significasset: & vulgatum illud est, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debere. Et hæc ratio non parum inde confirmatur, quod aliis quoque locis indistinctè de prælatione mulierum contra anteriores creditores loquitur Iustin. veluti *in auth. d. privil. dot.* quæ est Nov. 109. *cap.* 1. ubi ait se dedisse privilegium mulieribus, ut prioribus creditoribus præferantur, & meliorem ordinem habeant, neque à tempore superentur: *& auth. de qualit. dot.*

quæ est *Nov.* 97. *cap.* 2. ibi, privilegium dedimus dotibus, ut contra antiquiores hypothecas habeant honorabiliora iura: ubi simpliciter fit mentio hypothecarum priorum, quod non nisi ineptè ad solas tacitas restringi possit: cum præsertim Iustin. simpliciter *in d. cap.* 2. ostendat, privilegium illud competere contra viri creditores, quos sub falso prætextu augmenti dotis prohibet circumveniri. Sexta ratio est. Quod si præfertur mulier tacitis hypothecis, quæ sunt favorabiliores, nihil absurdi est, si præferatur etiam expressis. Verum hic occurritur, facilius posse auferri ius lege concessum, per aliam legem, quam quæsitum propria conventione. Sed replico vel quod lex ex certa scientia legislatoris non minus potenter operetur quam conventio, vel quod etiam quibus semel lege ius quæsitum est, iniuria quædam inferatur, si nova lege hoc ipsis adimatur, maximè si eius conditionis sint ut vel omninò non, vel non commodè expressa hypotheca sibi cavere possint. Instant ille quidem non posse citra iniuriam ius illud conventione mea quæsitum mihi auferri. Sed iterum respondeo, vel quod ut ante dictum, ipsum ius prælationis ex tempore sit potius ex lege quam conventione: vel potius fatebor videri eam iniuriæ quandam speciem si nudè & simpliciter consideretur, quod & fatetur *Ant. Fabr.* 8. *coniect.* 11. ut scilicet conditio mea deterior fiat, quod debitor meus postea uxorem duxit; sed si consideretur ex altera parte favor uxorum & dotium, cui publica quodammodo utilitas implicata est *argument. l.* 1. *solut. matrim.* facile iniuriæ illa species excusatur, cum nec novum sit, ut prætextu publicæ utilitatis in casibus singularibus iuri privati aliquando detrahatur. Septima ratio est, quod aliter si statuamus, constitutio Iustin. facile cludi posset, si fiscus aut alij quibus hypotheca tacita à lege concessa est, expressa hypotheca sibi prospexerint quo quidem facto non inferius imò potius horum ius esse debet, quam quorumvis creditorum, qui expressam hypothecam acceperunt. Octavo loco adduci solet textus *ex Nov.* 97. *cap.* 3. ex quo mulier videtur præferri etiam iis qui in rem aliquam emendam reparandam aut restituendam crediderunt, qui tamen excepto casu unico, de quo lit. E. tacitam hypothecam non habent, sed habent ius prælationis si de expressa hypotheca convenerint: de quo argumento quid sentiendum mox dicetur, Frustra autem obiicitur

l. ubi

l. ubi 29. C. d. iur. dot. cui procul dubio per *dict. leg. aßiduis. Cod. qui potior.* ampliato iure mulierem est derogatum. Ineptior obiectio est, quod fiscus & mulier pari passu ambulent, ad quod adducitur *l. 2. C. d. privil. fisc.* Etenim hactenus eo iure diversa fuit fisci & uxoris conditio, quod hæc non nisi ex conventione hypothecam habebat, qua constituta & acquisita, sicut quivis privatus alius pari passu cum fisco ambulabat, ita ut utriusq; ius ex tempore æstimaretur *l. 8. qui potior.* sicut eodem iure præ aliis privatis potius ius in hypotheca mulier non habebat, ut ipse testatur Iustin. in sæpe *d. l. aßiduis. C. qui potior.* Sed postquam ea constitutione mulier in dote tum aliis privatis, tum ipsis adversariis fatentibus, iis qui tacitam hypothecam anteriorem habent præferatur, ultrò manifestum est, amplius nos iure *d. l. 2.* non uti, & ius mulieris hodie potius & potentius esse quam ius fisci. Quod cum expeditum & perspicuum sit, apparet Cuiacij & aliorum, in re manifesta se torquentium, falsam esse distinctionem, an mulier cum fisco tantum, an cum fisco & privato simul concurrat.

Hinc deduco.] Apparet ex præmissis, consequentiam hanc esse necessariam, quod mulier fisco præferatur, indefinitè scilicet acceptam: nam ut propterea ex omnibus omninò causis fisco præferatur, inde non efficitur: & est proinde dubia ampliatio Treut. quod uxor præfertatur fisco, etiamsi maritus ex causa primipili conveniatur. Centurionibus videlicet primipili, inter alia curam annonæ eiusque distribuendæ inter milites incubuisse, notat *Cuiac. in l. 3. C. de cohortalib. principib. &c.* cuius rei summum fuisse favorem constat, eoque *in l. 3. C. d. primipil. & in l. 4. C. in quib. caus. pign. tacite.* præfertur fiscus mulieri ex hac causa, licet hæc expressè de hypotheca sibi caverit. Et quamvis videri possit iam dictis textibus derogatum esse per *l. aßiduis C. qui potior.* in cõtrarium tamen mover, vel quod constitutio illa, ut mox dicemus, commodè restringitur ad creditores anteriores, qui simplicem hypothecam habent citra ius prælationis, quod fiscum habuisse ex causa primipili ex iam dictis textib. ostenditur: vel quod alia quoque singularia privilegia ex causa primipili fisco data sunt, quæ notat *Cuiac. in dict. leg. 3. Cod. d. primipil.* & istud singularissimum, ut liberi teneantur pro parentibus, etiamsi his non extiterint heredes. Quin existimare quis possit, hoc quod privati ex temporis prærogativa fisco præferebantur, obtinuisset tãtum

in contractibus *argum. l.* 8. *qui potior. l.* 2. *C. de privil. fisc. l.* 28. *d. iur. fisc* in quibus locis fit mentio fisci contrahentis: & secus fortasse obtinuit in causa tributorum, quippe quæ principaliter publicam utilitatem, & ipsam reipubl. conservationem concernit. Secundum quæ proclivior sum in eorum sententiam, qui contra Tr. *& Ant. Fabr.* 8. *coniect.* 12. ex causa primipili fiscum uxori præferendum existimant: cum & aliâs constitutio illa nova Iustin. correctoria & exorbitans, & aliquam speciem iniuriæ præ se ferens, non temerè nec facile sit extendenda: cum præsertim *ex Nov.* 97. *cap* 4. mulieri præferatur, qui in emendam militiam credidit: & amplius, cum ex causa primipili ipsa dos uxoris fisco tacitè sit obligata *l.* 4. *C. in quib. caus. pign. tac.* quod privilegium nulli creditori datum legimus.

Item qui credidit in rem instruendam.] Elegans hæc controversia est, an qui habent privilegium prælationis annexum hypothecæ, cuius vigore preferuntur anterioribus hypothecariis, cedant privilegio mulieris, an mulieres cedant ipsis, aut an utrorumque ius ex prærogativa temporis æstimetur, neq; alter contra alterum privilegio uti possit: V. G. comparata est res aut conservata pecunia Titij, (an autem hic tacitam hypothecam habeat nec ne dicetur infra lit. E. hic interim hypothecam præsupponimus) quæritur in concursu eius & mulieris uter utri in re illa sit potior. Tractatur hic casus *in Nov.* 97. *c.* 3. sed minus perspicuè deciditur. Et *Cuiac. in notatis ad animadvers. Robert. lib.* 3. *cap.* 14. sententia est, quod inter Titium & mulierem iuxta *d. cap.* 3. sit ordo temporis, ita ut si Titius prior crediderit pecuniam, mulieri præferatur. Sed contrà *Robertus* 3. *animadvers.* 14. *Ant. Fab.* 8. *coniect.* 11. existimant, mulierem Titio etiam tempore anteriori præferendam. Pro quorum sententia facit, 1. textus generalis *in l. assiduis C. qui potior.* ex qua mulier præfertur omnib. uallatis privilegio anteriori, quod vel maximè competit huic Titio. 2 Facit *d. Nov.* 97. *c.* 3. in quo proponit Iust. tres terminos, mulierem, alios creditores anteriores, & huiusmodi creditorem, qui in rem emendam aut reparandam, est pecuniam mutuatus, & quærit, an mulier etiam huic debeat præponi: ex quo effici videtur, (ut proportionata quæstio sit,) quod etiam tertius iste creditor fuerit anterior, hypothecâ mulieris, adeoque cum sine dubio illis præferatur mulier, consequenter etiam huic præferenda erit, quod præsertim si mulier anterior fuisse proponeretur, minus

con-

concinnè quçreretur, an huic tertio creditori prçferēda esset, quam rationem movet *Salic. in Auth. quo iure C. qui pot. num.* 3. Amplius faciunt pro ista sententia verba ultima *d. cap.* 3. N. 97. quæ etiam urget *Ant. Fab. d.* 12. *cap* 8. *coniect.* quibus ait Iustin. nolle se permittere, ut mulier de dote periclitetur, sed satis esse, si cadat lucris nuptialibus, si priora donatione ante nuptiali inveniantur. Equidem Haloand. aliter hoc expressit, *& si tempore prior inveniatur donatio ante nuptias*: verum hæc translatio ineptam habet sententiam: & utcunque hoc significasse videatur Haloand. quod privilegium creditoris qui in refectionem credidit, sit potentius hypothecâ, quam mulier in donatione propter nuptias habet, etiamsi prior sit, (quæ interpretatio refragatur sententiæ Ant. Fabri) tamen manifestè abit à textu Græco, qui ita habet, εἴγε προγενέστερα τῆς προγάμου δωρεᾶς εὑρεθείη: cum iuxta Haloandri versionem legendum esset, εἴγε προγενεστέρα ἡ πρὸ γάμου δωρεὰ εὑρεθείη: & apparet verbum προγενέστερα respicere ad verbum paulò antecedens, (cætera enim perinde ac in parenthesi legenda videntur) τὰ προνόμια, privilegia videlicet, quæ habent creditores, qui in rem emendam aut reparandam sunt mutuati: & proinde cum privilegia illa priora appellet Iustin. quorum vigore creditores mulieri in lucris nuptialibus præponantur, consequenter etiam in casu priori concurrentis mulieris in dote petenda, & huiusmodi creditoris, hunc priorem fuisse ponendum erit.

Sed in contrarium pro sententia Cuiacij, quod *in d. Nov. cap.* 3. tractetur de huiusmodi creditore posteriori, facit. 1. ordo & ratio propositæ quæstionis: ait enim initiò Iustin. quasdam hypothecas iuniores proponi antiquioribus, idque aliquot exemplis ostendit, & inde ad quæstionem de dote & concurrente muliere descendit: ut proinde appareat hoc à Iustin. quæri, an illa recentior hypotheca, eorum qui V.C. in rem emendam crediderunt, & quæ aliis anterioribus præfertur, etiam anteriori mulieris hypotheca potior sit. Et hinc. 2. quod proponit quæstionem de dote antiqua & in dubium vocat, an huic quoque creditor ille privilegiatus debeat anteferri, verbum autem, *antiquum*, dicitur respectu alterius cuiusdam recentioris. Idque 3. perspicuè confirmatur ex verbis illis, *veniat autem & alius creditor posterior quidem*. 4. facit quod *in cap. seq.* 4. quod limitationem habet ad cap. prçcedens, in eo, qui ad emendam militiam pecuniam credidit, non obscurè tractatur casus, quo post

dotem pecunia credita fuit. Facit denique quod *in l. licet 7. Cod. qui potior.* creditor iste privilegiatus, de quo tractamus, omnibus anterioribus hypothecis dicitur præferri à qua sententia nimis recedetur, si ei priori posterior mulier præferatur. Nō desit fortassis quod ad utriusq; opinionis rationes probabiliter respōdeatur: & ad prioris opinionis rationem primam, quod L. assiduis, loquatur de privilegio simplicis temporis, non de iure speciali prælationis contra hypothecas anteriores. Ad 2. esse tantum probabile argumentum, quod necessariò non concludat propter familiarem Iustin. loquacitatem, qui ita accurate singula verba aut eorum ordinem non expenderit aut observaverit: & cum ratio prima alterius opinionis, eiusdem generis sit, vis utriusque argumenti mutua quasi compensatione tolli videtur: cum præsertim *in d. cap.* 3. hoc dubium proponatur, an mulier cedere debeat illi creditori, quod arguit ipsam fuisse priorem. Ad 3. quod verbum πρωγενέστερα non tantum significet privilegia tempore priora, sed etiam effectu priora, id est potiora, cuiusmodi privilegium eius qui credidit in rem emendam vel reparandam intelligit Iustin. si concurrat cum muliere quæ persequitur donationem propter nuptias, cui etiam priori tempore ille præferatur: & hæc est adeò sententia Iustin. satis esse debere, si creditor ille mulierem lucrum captantem, sicut alium quemvis anteriorem creditorem excludat: non autem permittendum, ut mulieri priori in dote, de damno vitando certanti præferatur. Ad posterioris opinionis rationem primam responsio patet ex prædictis. Ad 2. vel quod dos antiqua dicatur respectu augmenti quod postea accessit, vel quod illud verbum non sit captandum, quandoquidem, ubicunque concurrunt creditores, alios priores evenit esse, alios posteriores. Ad 3. quod posterior dicatur non ratione mulieris, sed ratione aliorum creditorum quorum ibi mentio fit: idque iam olim respondit *Salicet. in authent. quo iure Cod. qui potior.* Ad 4. respondet *Ant. Fab. 8. conject. 12.* per inficiationem, contendens quod *in c. 4. Nov. 97.* qui in militiam credidit, fuerit anterior muliere. Ad 5. quod *l. licet. 7. C. qui potior.* sit iuris antiqui, quo mulier nullam tacitam habebit hypothecam: vel potius quod pertineat ad creditores anteriores qui simplicem hypothecam habent, non speciale ius prælationis. Quæ licet ita disputari possint, Ego tamen in opinionem posteriorem

riorem ſum proclivior, quam magis probat *Accurſ. in d. Nov. 97. cap. 3.* verbo, *poſterior, Cyn & alij Dd. in auth. quo iure. C. qui potior.* & eam eſſe communem, apparet ex traditis à *Covarr. 1. variar. reſol. 7. num. 2. & 3.* & quod *Salicet. in d. auth. quo iure*, ubi contrarium defendit, à ſe dicta tanquam inaudita notanda eſſe monet. Et exiſtimo rectè ita ſtatui, quod mulier aut concurrat cum prioribus ſimplicem tantum hypothecam habentibus, non ius ſpeciale prælationis, quibus procul dubio præferetur: aut cum iis qui tale ius prælationis habent cuius vigore anterioribus hypothecis præferuntur, qualis eſt creditor, qui in rem emendam aut reparandam pecuniam dedit: & inter hunc & mulierem ordinem temporis ſervandum eſſe defendam. Et ſane rationibus iſtius ſententiæ ex præmiſſis ſatisfactum non eſt: quoniam veroſimile non eſt, fruſtra & ſine cauſa à Iuſtin. dotis antiquæ factam fuiſſe mentionem, ſed potius oppoſitam creditori, de quo principaliter ibi tractatur: quin omninò verbum iſtud declaratur *ex princip. cap. 3.* ubi mentio fit hypothecarum antiquiorum: ut quo ſenſu hypothecæ ita vocantur, eod. dos antiqua vocari intelligenda ſit. Deinde ex ipſo contextu evincitur, creditorem illum reſpectu mulieris, non aliorum creditorum dici poſteriorem: quoniam non ita loquitur Iuſtin. *ſi mulier venerit, & inde alij creditores, veniat autem & alter creditor poſterior quidem &c.* quæ verba utcunque iſtam explicationem admittere poſſent: ſed ita Ἐζητήθη τοίνυν εἰ γυνὴ πϱοτεινομένη τὸ πϱονόμιον τὸ ἐπὶ τῆς ἀρχαίας πϱοικὸς τῶν πϱοτέϱων βούλοιτο κϱατεῖν δανειςῶ, ἔλθοι δε καὶ ἕτεϱος δανειςὴς, μεταγενέςεϱος μὲν: id eſt, ut rectè habet vulgata editio, ſi mulier prætendens privilegium ſuper antiqua dote, aliis velit pręferri creditoribus, veniat autem & alter poſterior quidem &c. ut prorſus apparere videatur tantum hic eſſe duos terminos inter quos controvertitur de prærogativa, mulierem quæ aliis velit præferri, & hunc creditorem poſteriorem, quem adeò apparet non aliis creditoribus, ſed mulieri ratione temporis opponi. Sed & porrò verius eſt contra An. Fab. quod *in c. 4. N. 97.* agatur de creditore poſteriori: quod aliâs ineptè tam multa requireret Iuſtin. ut præſumtio fraudis contra dotem excluderetur. Neq; movet *Saliceti in d. auth. quo iure* argumentum *ex d. cap.* 4. deſumptum quod Iuſtin. ibi ſolum eum caſum excipiat, in cæteris iuxta datum privilegium, ut loquitur, mulierem præferri velit: atquin, inquit Salicet.

ſi non

si non huic quoque creditori, de quo agimus, licet priori præponeretur, iam non privilegium esset, sed ius commune. Etenim respondeo, hoc imò esse privilegium, quod mulier ex ordine temporis, præponitur iis, qui aliâs veteris iuris privilegio omnibus prioribus præferuntur. Neque adeò obstat, si dixeris, non videri hic rationem dubitandi: quia imò sufficiens est quam dixi, cum aliâs ratio suadeat, ut quorum pecunia res extat vel conservata est, aliis sint potiores. Non movet etiam, quod Salicet. generale esse ait, ut mulier anterioribus tacitam habentibus preferatur: vel quia hi de quibus agitur *in Nov. 97. cap 3*, minimè omnes tacitam hypothecam habent, ut dicemus lit. E. vel quia ut paulò ante diximus generale hoc in iis hypothecis, quæ simplices sunt & sine iure prælationis. Ex his patet perspicuè falsam esse illorum opinionem, qui mulierem etiam anteriorem tempore à posteriori creditore qui in rem emendam pecuniam dedit, excludi putant: quod tamen probat *Capoll. cautel.* 124. *num.* 1. *in fin.* Illi quoque inepti sunt, quorum meminit *Robert.* 3. *animadver.* 14. qui tũ quæ sequuntur, tum quę antecedunt, *d. Nov.* 97. *cap.* 3. explicant de privilegio personali: quomodo quidem *sed* ineptè, *auth. quo iure* concep:t Irner. quem eo nomine reprehendunt *Cyn. Salicet. & alij ibid.* ubi verbum, *personale*, superfluum esse notant. Illud obiter moneo, cavendum hic esse à Dd. qui in ha & aliis quæstionibus eius generis ita disputant, ac si secus esset, si quis hypotheca tacita, quam ex lege habet, nõ fuerit cõtentus, sed simul hypothecam expressam acceperit: cui causam dedit vulgatus error, quo privilegium uxoris contra hypothecas anteriores ad tacitas restringunt: sed constanter tenere oportet, idem ius esse hypothecæ tacitæ & expressæ, tum quoad temporis prærogativam, tum quoad ius prælationis, quod à sola lege est non à conventione.

Aut in funus faciendum.] Summa suadet æquitas & ratio, ut corpora defunctorum funerentur, nec iaceant insepulta: ex quo responsum est *in l. pen. d. religios. & sumpt. funer.* quod impensa funeris præcedat omne æs alienum, & quod ea etiam ex rebus alij oppignoratis sumatur *l.* 14. §. 1. *eod. tit.* Vnde probabilis fit sententia Duaren. *in l.* 1. *solut. matrim. sub. fin.* contra Treut. hic quod hæc impensa potior sit dote: nec quisquam propitiis auribus audiat mulierem, quæ maritum potius insepultum relinqui, quam aliquid de dote sua diminui velit. Facit *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. d. iure deliber.* ubi heres con-

contra quoscunque creditores, impensas funeris retinere potest: & idem eo loco obtinere Ias. notat in impensis pro curando ægroto, quod utrumque probat *l. 4. C d. petit. hered.* Facit quod *in l. 1 §. ult. ad L Falcid. & in §. ult. Inst. eod.* funeris impensa ante omnia deduci debere dicitur: ut proinde appareat, quod per impensas funeris ita minuantur bona, ac si defunctus minus in hereditate reliquisset, neque adeò qui huismodi impensas fecit, in æquales portiones cum aliis creditorib. sit vocandus. Et de hac quæstione certius constabit ex iis, quæ tradentur *infr. h. th. lit. G.*

Aut apud maritum deposuerit.] Accurs. *in Gl. 3. ad L. assiduis*, in verbo, *habeant*: notat à quibusdam excipi depositum, cui videlicet mulier non præferatur, sed hoc ipse sibi non placere profitetur. Quæstio autem duplex est, si depositum amplius non extet, ita ut depositarius teneatur de æstimatione: & si species deposita, adhuc extet penes depositarium. Illo casu verum est mulierem præferri, quoniam deponens hypothecam in bonis depositarij non habet: de hoc autem casu in terminis loquitur à Tr. pro dissentiente citatus Vaud. cuius sententia, quod deponens uxori præferatur, procul dubio contra Tr. verissima est, & iniquissimum fuerit, eum qui dominium rei haber, quin & possessionem retinuit, & nulla exceptione aut compensatione repelli potest, à petitione rei suæ excludi, & ei mulierem præferri: neq; dubitari debet, quin omnium eorum qui res proprias penes maritum ex quacunque causa existentes, persequuntur, veluti commodantis cocantis &c. causa potior esse debeat: & hoc est quod eleganter Bald. tradit *in l. in rebus C. d. iur. dot. num. 1. & 2.* quod quicunq; prætendit dominium actu permanens, sit potentior quocunq; alio creditore debitoris sui.

Hoc privilegium etiam mulierum liberis.] Communis hæc & recepta est sententia omnium *Dd. in l. assiduis C. qui potior.* per illum ipsum textum *in § 1. vers. exceptis*: à quorum sententia discessit *Ant. Fab. 8. coniect. 13.* ubi ius istud prælationis, de quo *in d. l. assiduis*, solis præcisè uxoribus, nulli alij personæ, nec liberis quidem competere contendit: & pro eo faciunt hæ rationes. 1. quia rationes, quibus se impulsum esse profitetur Iustin. in liberis cessant, & ergò etiam cessare debet dispositio. Et hinc 2. quod ubi persona locum facit beneficio, deficiente ea deficit quoque beneficium *l. in omnibus 68. d. regul. iur.* Et hinc 3. quia eiusmodi beneficia in heredes non

Competit hoc Privilegium Mulierum liberis.

transmittuntur *l. privilegia. 196. d. reg iur. l. 12. & 13. solut. matrim.* Et hinc porrò 4. quæ olim ratio fuit privilegij personalis, eadem videtur hodie ratio privilegij realis & iuris prælationis: quomodo ipse Iustin. argumentari videtur *in d. l. assiduis.* Atquin illud olim non transibat in heredes *l. un. C. d. privil. dot.* Ego &c. neque in persona mulierum distinctio est heredum, sed omnes illi extranei sunt *§. ceteri. 3. Inst. d. hered. qualit. & differ.* 5. fortiter pro hac sententia facere videtur *§. fuerat. 29. in fin. Inst. d. action.* ubi Iustin. ius prælationis disertè restringit ad eum casum, quo IPSA mulier de dote sua experitur, cuius SOLIVS providentia hoc à se constitutum esse affirmat. 6. facit quod constitutio nova, correctoria & exorbitans, cuiusmodi est illa *in l. assiduis Cod. qui potior.* non est extendenda.

Sed non deest quod pro communi sententia Dd. rationibus iam recensitis probabiliter reponatur. Et ad priores tres coniunctim, quod hoc ius favore ipsarum matrum concessum sit liberis *in d. l. assiduis vers. exceptis. C. qui potior. & in* Nov. 91. ut dos matris ipsis sit salva, quam sub hoc privilegio repetant non simpliciter quà heredes, sed qua liberi heredes: etenim liberi quidem, quatenus opponuntur heredibus suis, matri sunt extranei heredes, iuxta *§. 5. Inst. d. hered. quali* sed aliàs non eandem rationem esse liberorum ad matrem, quæ prorsus extraneorum ultrò perspicuum est; & sunt, ut ita loquar, extraneitatis gradus, & propter summam coniunctionem naturaliter & verè loquendo liberi matri suæ extranei heredes non sunt, vel hoc unico argumento ex iure etiam civili, quod ex constitutione Theodosij *in l. un. C. d. his. qui ante apert. tabb.* liberi hereditatem etiam matris aut avi materni, etiam non aditam ad instar suorum, ad posteros suos transmittunt. Accedit, quod vulgò traditur, cessante causa impulsiva, non protinus cessare dispositionem. Ad 4. respondetur, vel quod istud argumẽti genus non omnimodò nec ubiq; procedat, vel quod *d. l. un. C. d. privil. dot.* ad alios heredes non liberos pertineat, vel potius, quod Iust. ipse hoc addiderit constitutioni suæ, extra quam privilegium hoc nec ad liberos quidẽ extendere liceret. Sunt autẽ textus in hanc rẽ satis, ut videtur, expressi *in d. l. assiduis vers. exceptis*, ubi ait Iust. se servare liberis similem prærogativam, quasi adhuc vivente earum matre, quod idem traditur *in Nov. 91.* Respondet hic Ant. Fab. non hoc dicere Iust. quod liberi

præfe-

præferantur creditoribus anterioribus, sed hoc, quod iis non præferatur mulier secunda, noverca videlicet, quæ nō prior tempore sed posterior est: adeoq; admittit hūc esse casum singularē, quo mulier in dote non præferatur creditoribus prioribus, nempe si agat cum prioris uxoris liberis, quod videlicet privilegiatus contra parem nón utatur privilegio suo: hoc enim esse quod Iust. ait, duabus dotibus ex eâd. substantia debitis ex tempore prærogativam manere. Veruntamen hæc responsio mihi non satis facit, quoniam si liberi præferuntur novercæ, quæ omnibus anterioribus præfertur, necessariò sequitur, quod nō habeant ius simplicis hypothecæ, sed simul ius prælationis, ꝙ si non haberent, utcunq; tēpore priores, novercæ tamen postponerentur: & verò ut ius illud prælationis exerceant tantum contra novercam, non contra alios creditores, nulla ratio est, imò in contrarium ratio est, ut etiam his præferantur, si ei quæ ius potentius habet, anteponuntur: quod expressisse satis fuit Iust. qui non videtur dubitasse, quin idem multo magis in aliis creditoribus esset observantum. Et hinc etiam removetur arg. 6. quoniam non per extensionem, sed ex ipsis Iust. verbis hæc sententia defenditur. Superest quinta ratio, ad quam respondetur, quod ibi mulier *ipsa & sola*, opponatur, non liberis propriis, sed alijs qui dotem sibi restitui sunt stipulati, tum etiam alijs quibuscunque præter liberos, extraneis heredibus uxoris, quib. ut dos restituatur constituit Iust. *in l. un. § illo procul. 6. C. d. rei uxor act.* Neq; movet denique, quod ex ipsis verbis *d. l. assiduis, vers. exceptis* colligi videatur, liberis contra solam novercam dari prælationem. Etenim respondeo, falsam hanc explicationem esse, & in *d. vers.* non contineri exceptionem ad ius liberum, sed ad ius uxoris: hoc sensu, ꝙ uxor præferatur omnibus creditoribus, exceptis liberis prioris uxoris, qui dotem matris suæ petunt: adeoq; deciditur ibi controversia, non de concursu creditorum & liberorum, sed de concursu liberorum & novercæ, quæ illis citra specialem exceptionem prælata fuisset. Et secundum hæc, contra Ant. Fab. communis sententia Dd. verior esse videtur.

Et in matrimonio putativo.] Veriorē puto hanc sententiam, quod ēt in hoc genere matrimonij sit locus privilegio, si modo bona fide à muliere contractū sit, ut notat *Accurs. in l. assiduis inf. Gl. magna C. qui potior.* bona satis ratione, quoniā interest reipub. dotē esse salvā, ut mulier alij nubere possit: & quantum ad opinionē & bonā fidem

uxoris merito perinde haberi debet, atque si verum matrimonium fuisset: & est in hanc rem textus *l. 2. § pen. & ult. l. 3. & 4. d. privil. cred. alias l. 17. cum seqq. d. reb. autor. iudic. l. si cum dotem 22. §. ult. solut. matr.* ex quibus probatur, quod privilegium personale etiam in hoc matrimonio habuerit locum, à quo ipse Iust. *in d. l. aßiduis.* ducit argumentum ad privilegium reale: iure autem veteri non nisi personale privilegium mulieres habuerunt: & hinc quia matrimonium verum non est, appellatur quasi privilegium *in dict. leg. 22. §. ult. solut. matrim.*

Etiam in sponsa locum habet

Etiam in sponsa.] Quæ scilicet dotem numeravit, ut eam salvam habeat, qua sponsalibus effectum non adeptis alij nubere possit: neque verò decipi debet, quæ bona fide spe sequuturi matrimonij dotem numeravit. Et probatur hæc sententia iisdem textibus quib. prior *ex l. 17. §. 2. & ll. seqq. d. reb. autor. iudic.* siquidem ut iam dictum est, à privilegio personali rectè fit illatio ad reale, eo videlicet modo quo concludit Iustin. ut quibus casibus veteri iure privilegio personali utebatur mulier, iisdem post constitutionem Iustin. utatur privilegio reali & iure prælationis. Et hac in re desiderare licet iudicium Zas. qui *in § fuerat. 29. Inst. d. action.* admittit constitutionem Iustin. in matrimonio putativo, (licet hoc non bene putet probari per *l. 22. §. ult. solut. matrim* quæ loquitur de privilegio personali) sed *in l. quæsitum 2. § 1. d. privileg creditor.* aliâs *l. 17. d. reb. autor. ind.* negat in sponsa, hac duplici ratione. 1. quia alia, dos sit putativa alia vera. Respond. idem esse in matrimonio putativo, unde quasi privilegium dicitur *in l. 22. §. ult. solut. matrim.* sed nimirum si quodcunque privilegium eo tempore iure veteri doti veræ datum fuit, etiam habuit dos putativa, iniquum videatur privilegium hodiernum negare sponsæ. 2. quoniam cessent rationes *d. l. aßiduis*, & præcipuè ea quod maritus & substantia & corpore uxoris utatur. Resp. vel quod sufficiat alterutrum, usum esse substantia eius, quam scilicet Iustin. intelligit dotem numeratam, vel quod satis sit ad eum finem rem destinatam fuisse, neque per sponsam stetisse, quo minus res effectum sortiretur, (ex quo limitanda videatur hæc sententia, nisi culpa ipsius sponsæ sponsalia fuerint dissoluta) vel deniq; quia hæc principalis est ratio constitutionis Iustinianeæ, ut dos mulieribus sit salva, quâ amissâ non facile conditionem aliis nubendi reperire posse intelliguntur. Et licet *Cyn. in l. aßiduis num. 13.* magis existimare

stimare videatur, cessare hoc privilegium in dote putativa, ipse tamen fatetur, alteram opinionem Ioannis ubique esse receptam: ex quo dubium videri potest quod Zas. ait, alteram opinionem, quod in dote putativa non sit locus privilegio, communiter esse receptam.

Lit. C.

In dote numerata non confessata.] Notat hoc Accurs. *in d. l. assiduis,* per illa verba, *si tamen reipsa fuerint data.* Sed contra argumentatur *Salicet. ibid. num. 7. & 8.* quod ex tribus modis probandi, per testes instrumenta & confessionem rei, singuli per se sint eiusdem potestatis & effectus. Ideoque ita statuit Salicet. quod per instrumenta & testes omnimodo rectè probetur dotem fuisse numeratam, & sit locus huic privilegio: sed & per confessionem mariti, hactenus, ut si tempus patiatur, creditoribus liceat opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, elapso autem biennij tempore non liceat, sicut nec tunc, ubi maritus exceptioni isti renuntiaverit, idque communiter receptum testatur *Bart in d. l. assiduis num.* 11. Quod posterius vix admiserim: quoniam cum admittant Dd. exceptionem istam creditoribus ipsis dari cum quibus concurrit mulier, in præiudicium tertij nemo exceptionem remittere potest. Prius hactenus verũ est, si nulla sit suspicio fraudis, neq; adsint probationes vel præsumptiones, donandi causa confessionem factam fuisse: cuiusmodi circumstantias considerandas hic esse rectè notat *Salicet. d num.* 8. *in fin.* & plenius *in l. 2. C. d. dot. caut.* Ex quibus apparet, simpliciter admitti non posse quod ait Tr. sed in casu etiam confessatæ dotis locum habere istud privilegium: non quidem quod sola confessio sufficiat, sed quia ex confessione in dubio dos numerata esse præsumitur: quod si enim simpliciter confessionem citra numerationem præsupponas, ineptam quæstionem & rationem dubitandi effeceris. Illud certum est, quod pro paraphernalibus & donatione propter nuptias mulier non ius prælationis contra hypothecarios anteriores, sed simplicem habeat hypothecam.

Illud hic non ignorandum.] Pertinet hoc potius ad materiam SCti Velleian. an mulier constante matrimonio iuri hypothecæ quam in bonis mariti habet, renuntiare possit. Et ante omnia distinguendum videtur, quod mulier aut renuntiat huic iuri, & illud remittit

marito, indefinitè, citra ullam relationem ad personam vel causam, & totum ius hypothecæ remissum esse videtur, per textum indefinitè loquentem *in l. etiam* 11. *C. ad SCt. Velleian.* aut renuntiat definitè, intuitu certæ personæ vel contractus, & hoc vel expresè vel tacitè, ex præsumptione videlicet legis Imp. Anastasij *in l. iubemus* 21. *C. eod. tit.* veluti si marito contractum certum vel cum certa persona celebraturo, mulier etiam generatim renuntiet, quoniam autoritate dictæ constitutionis renuntiatio illa ultra contractum & personam illam non extenditur. Hoc autem ius de renuntiatione hypothecæ hodie coercitum putat Tr. ut tum demum utiliter remittatur hypotheca in rebus aliquibus pro dote obligatis, si mulieri dos per alias res mariti possit esse salva, arg. *authent. sive à me C. ad. SCt. Vellei.* quæ descripta est ex *Nov.* 61. ubi Iust. constituit, ut mulieris consensus repetitus, super rebus donatione propter nuptias comprehensis, ita demum vires habeat, si alias res habeat maritus, ex quib. uxor lucrum, quod ipsi ex donatione propter nuptias debetur, consequi possit. Apparet autem istud quod vult Tr. ex iam *d. auth. & Nov.* non satis probari: quoniam difficilius est ut mulier remittat ius suum *in* his rebus quæ ipsi, ut ita loquar, sunt affectæ, & in quibus ipsi ius *ali*quod dominio propinquum quæsitum est, velut in donatione propter nuptias, pro qua etiam actionem utilem in rem *d. Nov.* 61. vult concedi Iust. quam in iis in quibus non nisi simplex ius hypothecæ habet. Et facit quod *in d. N.* 61. *c.* 1. §. 4. *inf.* ait Iust. ea quæ circa donationem propter nuptias constituta sunt, multò magis obtinere in dotalib. rebus, quoad eas alienandas vel oppignorandas: ut cum in specie de rebus dotalib. loquatur Iust. inde ad alias res mariti pro dote saltem obligatas concludi non possit: quod præsertim Iust. si hoc ita voluisset, procul dubio expressisset. Et tamen citatus à Tr. Castr. non loco à Tr. notato sed *in l. Mevia* 49. § 1. *solut. matrim. n.* 3. istud communiter ad omnibus approbari, & ubiq; servari testatur, ut videlicet consensus pro nullo sit, si eo tempore nulla alia sufficientia bona habeat maritus: si enim postea habere desinat, consensus semel ritè præstitus, propterea non annullatur aut revocatur: adverte inquit Salicet. quia sufficit quod tempore renuntiationis supersint talia bona quæ sufficerent ad dotem, licet postea desinant esse per *cap. pervenit d. empt. & vendit.*

Renuntiatio tamen.] Hoc iam diximus, quod renuntiatio limitata,

tata, in aliis non obstet mulieri, adeò quidem, (quod non videtur assequutus Tr.) ut licet in specie in renũtiatione limitatio illa expressa non fuerit, si modò propter certũ actum causam aut personã renuntiatio facta fuerit, potestate iuris limitetur ad actũ, qui renuntiationi causam dedit *l. iubemus* 21. *C. ad Velleian.* Ab his subiicit Tr. *quæ omnia secus sunt in renuntiatione iurata.* Hoc si referas ad id, quod immediatè præcedit de renuntiatione limitata, procul dubio falsum erit, quoniam nec iuramentum extenditur ultra mentem & verba. Sed referendũ erit ad superiora, quod videlicet, ut puto, etiamsi mulier non iteratò sed semel tantũ consenserit etiamsi tempore præstiti consensus alia bona maritus nõ habuerit, iurata renuntiatio mulieri præiudicet: idq; iuxta regulam iuris Canon. *in c. cum contingat d. iureiur. & c. quamvis d. pact. in 6.* Idq; ampliat Tr. etiamsi læsio sit enormis: cuius tamen contrarium statuit male à Tr. citatus *Alciat. in d. c. cum contingat n.* 223. videlicet iuramentum relaxandum esse, si agatur de magno uxoris præiudicio: idq; facilius propter infirmitatem sexus muliebris est admittendum, cum aliâs ex communi sententia masculi etiam maiores 15. annis ob læsionem enormissimam contra iuramentum restituantur, plus autem mulieribus tribui æquum est, de qua re alibi tractatur. Loquitur autem Alcia. in terminis fortioribus renuntiationis Velleiani, quæ concernens periculum rerum propriarum, si confirmatur iuramento, multò magis renuntiatio iuris hypothecarij hoc modo confirmabitur.

LIT. D.

Pupillus.] Duos casus proponit Tr. quibus pupillus habet tacitam hypothecã 1. in re quæ eius pecunia empta est: hanc n. ipsi obligatã citra conventionẽ expressam, probatur *ex l. 7. in pr. qui potior. & ex l. 3. in pr. d. reb eor. qui sub. tutel.* ubi res pecunia pupilli, alij pupillo empta, nihilominus illi obligata esse dicitur, & lex pupillis prospectum voluit, qui sibiipsis vigilare nec solent nec commodè possunt: & aliâs nihil hic speciale esset in persona pupilli. Hinc autem colligit Tr. cũ *Ant. Fab. 5. coniect. 9.* quod res ex pecunia pupilli comparata, non efficiatur pupilli, quoniam scilicet res propria non põt eadem esse pignori obligata *l. 45. d. reg. iur.* Sed 1. fortassis non usque adeò absurdè hæc aliquando concurrere statuantur, L. ita disponente, quod & in casu rei legatæ & dominij civiliter quæsiti pleriq; Dd. admittunt, in casu *l. 1. C. communia d. legat.* iuxta notat. sup. *disp 13. th. ult.*

ult. 2. multò minus hoc absurdum erit, si utrumque concurrere dicamus sub electione, ut pupillo vel vindicatio vel pignoris persequutio detur, velut in terminis ita post Dd. statuit *Salicet. in l. si ut proponis.* 8. *C. d rei vind.* 3. Interesse dicemus an res pecunia pupilli comparetur ab ipso tutore, an ab alio: ut hoc casu non nisi pignus in re, illo etiam dominium, & utilis utiq; vindicatio pupillo acquiratur, ut tractatum supra *part.* 1 *disp.* 15 *th.* 6 *lit. D.* per textum expressum *in l.* 2. *C. si quando ex facto tutor.* ex quo idem in minore pubere esse probatur: quem textum mirum est non visum nec animadversum ab Ant. Fabr. & per quem ita statuunt *Cyn. Bart. Salicet. & Sichard. in d. l.* 8. *C. d. rei vindic.*

Bona tutoris Pupillis obligata.

Sic bona tutorum.] Alterum hoc est exemplum tacitæ hypothecæ quam habet pupillus, (& idem tamen est in minoribus) in bonis tutorum: de quo diximus aliquid supra *disp.* 1. *th.* 4 *lit. G.* & probavimus contra Ant. Fab. quod iure etiam Digest. & ante *l.* 20. *C d administrat. tutor.* istam hypothecam habuerit pupillus: cui non obstat quod *in l. ult. D. qui potior.* proponitur accepta hypotheca per conventionem: vel quia superflua cautela non nocet, vel quia apparet, ibi iam puberem factum cum tutore convenisse: & ibid. proponitur debitor omnia bona sua obligasse fisco, qui tamen procul dubio tacitam habet hypothecam.

Et Privilegium ... habent.

In iisque privilegium habent.] Constat privilegium aliud esse personale, aliud reale, & in iure prælationis contra anteriores hypothecas. Et existimare liceat, sensim iura personarum quarundam adaucta, & V. C. fiscum vel pupillum ab initio tantum privilegium inter chirographarios creditores habuisse, postmodum etiam ius hypothecæ accepisse: quoniam aliâs ei qui hypothecam generalem habet, non multum proderit privilegium personale, quod omni hypotheca inferius & infirmius est *l.* 9. *C. qui potior.* Et de huiusmodi privilegio pupilli loqui videtur *l.* 19. §. 1. *cum ll seqq. d. reb. autor. iudic.* ex quibus male probare conatur Ant. Fab. quod pupilli iure veteri tantum eiusmodi privilegium personale non etiam tacitam hypothecam habuerint. Longè autem gravius errat Tr. qui istos textus de iure prælationis contra anteriores hypothecarios intellexisse videtur: dum ait vigore privilegij sui pupillos non solum personalibus, sed etiam hypothecariis anterioríb. anteferri: hoc enim perspicuè falsum est, quoad bona tutoris, de quibus disertè loquitur

Treut.

Treut. illud enim ſpeciale, quod in re ex pecunia ſua empta ius iſtud prælationis habet pupillus, quo pertinet *l. 7. in pr. qui potior.* idq; neceſſarium conſequens eſt hypothecæ, qua poſita, ponitur in ea re alicuius pecunia emptâ ius prælationis *l. 7. C. qui potior.* itaq; re vera non hoc in pupillo ſpeciale eſt, quod ius prælationis habet, ſed quod citra conventionem in ea re habet hypothecam.

Heredibus etſi ſui ſint.] Non dari heredibus privilegium pupilli in genere expreſſum eſt *in l. 19. §. 1. d. reb. autor. iudic.* idemq; reſponſum eſt de privilegio dotis *in l. un. C. d. privil. dot.* Sed videri poſſit inepta quæſtio de herede ſuo quem pupillus, cui nec adoptandi nec matrimonij contrahendi ius eſt, habere non poteſt. Verum intelligi oportet, olim pupillum, puberem factum reliquiſſe ſuum heredem, quem caſum etiam proponit *Zaſ. in d. l. 19. §. 1. num. 3.* quoniam cum actio tutelæ demum poſt pubertatem detur, obligatio ante contracta, adeoq; pupilli ſimul privilegium etiam poſt pubertatem durabit. Rectè autem etiam ſuo heredi hoc privilegium negatur, quoniam textus indiſtinctè loquitur, & privilegia ſpeciali perſonarum favore conceſſa, in nullos tranſeunt heredes: quo modo etiam beneficium competentiæ, marito & aliis quibuſdam conceſſum, in heredes non tranſire conſtat: & ineptè hic Zaſ. poſt alios obiicit *l. aſſiduis §. 1. verſ. exceptis, C. qui potior.* quoniam mulier utique ſuum heredem non habet, & Iuſtin. ſpeciatim, quod extendendum minimè eſt, liberis pro perſequenda dote matris privilegium prælationis conceſſit.

LIT. E.

Et alij.] De eo conſtat qui in reſtitutionem vel etiam refectionem ædificij collapſuri credidit, habere eum tacitam hypothecam *l. 1. in quib. cauſ. pign. tac.* Et cui igitur bono futurum ipſi eſt privilegium exigendi? de quo *in l. 24. d. reb. autor. iudic. l. 1. d. ceſſ. bonor. l. 25. d. reb. creditis.* Dicam ut ante, quod tacita hypotheca poſtea acceſſerit ex SCto, cuius mentio *in d. l. 1.* vel, ut accurſ. & *Salicet. in auth quo iure C. qui potior.* utile erit hoc privilegium, cum hypotheca ſit ſpecialis, ſi fortaſſis res ipſa in quam reficiendam pecunia credita eſt, non ſufficiat. Et hoc tamen mihi dubium videtur, neque animadverto, quomodo extra rem ipſam in quam credidit pecuniam poſſit ſibi arrogare privilegium, & quomodo non extra eam rem aliis

Pecunia ad refectionem ædificij collapſi privilegium habet.

Qui pecuniam in navem credidit.

simplicibus creditoribus, qui privilegium non habent, sit æqualis.

Idem de navi aut re alia.] Maior hæc controversia est de iis, qui pecuniam dederunt in rem aliam veluti navem extruendam vel instruendam *l. 26. d. reb. autor. iudic.* in eam fabricandam, armandam, emendam *l. 34. eod.* & plenius *in Nov. 97. c. 3.* qui propriis pecuniis curaverunt navem comparare, fabricare, reparare, domum ædificare, agrum emi aut aliquid horum. In genere distinguendi hic sunt tres casus. 1. cum quis simpliciter credit pecuniam: & hic nec hypothecã nec privilegium personale habet, licet ex eius pecunia res aliqua comparata vel reparata sit. 2. cum quis expresse sibi de hypotheca rei prospexit, & hic & hypothecã & privilegiũ personale, & amplius ius prælationis cõtra anteriores creditores habet *l. 7. C. qui potior.* ex ratione *l. 5. & 6. D. eod.* ꝙ pecunia ipsius salvam fecerit totius pignoris causam. 3. cũ quis citra conventionẽ de hypotheca, expresse tamen in hoc credit ut res ex pecunia ematur vel reficiatur: & hic privilegiũ personale certo iure habet: an ẽt hypothecam tacitã habeat, controversum est. Et citra casum quo creditũ est in ædificij restitutionẽ, aut, (licet dissentiat *Cuiac. in notis ad lib. 3. animadvers. Roberti c. 14.*) refectionem, (qui ICtos his verbis invicẽ pro iisdẽ uti, notat *Zas. in l. 25. d. reb. cred. in pr.*) verius existimo, cæteris hypothecam tacitã non cõpetere, per text. satis expressos *in l. licet. 7. C. qui potior.* & *in l. quamvis 17. C. d. pig.* & notant *Salic. & Cyn. in d. l. 7.* communius teneri quod isti hypothecam tacitam non habeant: licet cõtrarium magis probet *Gl. in auth. quo iure C. qui potior. & ibid. Salicet.* vacillans Gl. sententiam probari putat iure novissimo per *N. 97. c. 3.* Sed nimirum ad textum illum facilis responsio est, quoniam Iust. ibi nihil tractat definit aut constituit de hypotheca tacita, sed ex hypothesi hypothecæ constitutæ vel acquisitæ tractat de iure prælationis & prioritatis, quod bene animadvertit *Covarruv. 1. variar. resol. 7. n. 3.* cum præsertim hic unicus sit Iustin. scopus tractare & decidere, an mulieris, an eius qui in rem emendam credidit, privilegium debeat esse potentius. Et possit quidem videri, quod in eo loco tantum proponantur exempla hypothecæ expressæ, quoniam aliud est credere in ædes fabricandas quem casum etiam proponit Iust. aliud in ædes restituendas aut reficiendas, cui casui hypotheca tacita data est. Sed non existimo ita strictè eo verbo usum esse Iust. & hæ utique species sunt fabricationis: ideoq; rectius dicitur, confusim ibi proponi exempla

empla hypothecæ tacitæ & expressæ, & ex hypothesi, de earum privilegio & prioritate disputari. Eademq; responsio est ad *l.* 5. *& 6. qui potior*, quoniam, quod & rubric. arguit, ibi quoque tractatur de iure prælationis, cui ut locus sit, hypothecam præsupponi oportet. Neq; adeò quod in casu *l.* 7 *eod. tit.* proponitur hypotheca tacita in re quæ pupilli pecunia empta fuit, inde inferre possis, quod etiam in specie *l.* 5. *&* 6. creditores quorum ibi métio, tacitam habeat hypothecam. Non obstat etiam *l.* 26. *&* 34. *d. reb. author. iud.* quia loquũtur de privilegio personali, quod in eo est, non ut creditor rem persequatur, sed ut ea vendita in pecunia ipse potior sit. Neq; porro obstat q in *d. l.* 34. dicitur privilegium habere post fiscũ, qui utiq; tacitam habet hypothecam. Etenim respondeo, q fiscus etiam in personalibus habeat privilegium: & hypothecam eo loci non intelligi, inde confirmo, quod ibi proponitur privilegium, cuius iure alter alteri præferatur, fiscus aũt hypothecæ iure anteriori hypothecario nõ præfertur: adeoq; cũ V. C. qui in navẽ emendã credidit, fisco tẽpore prior esse possit, falsum utiq; esset, quod privilegium haberet post fiscum. Nihil aũt huc pertinet *l.* 25. *d. reb. cred. & l.* 1. *d. cession. bonor.* in quibus agitur tum de creditore in restitutionem ædificij, tum de privilegio personali, licet illi postea ẽt hypotheca tacita concessa sit: qua in re potius est istius creditoris ius, sed quoad privilegium personale cum reliquis est æquale: & inepta fuerit argumẽtatio, si quis ex hac ęqualitate, ad illam inferre & cõcludere velit. Idem est vitium argumenti, quod desumitur ex *l.* 41. §. 1. *&* 8. *d. legat.* 1. nõ enim si SCtũ de ædibus loquens in casu aliquo ad alias res productum fuit, etiam in aliis casibus simili productioni locum esse consequitur: cum præsertim in illa specie productionis, sit ead. prorsus ratio, quæ hic deficere videtur: cum & tacitam hypothecam sine expresso textu nõ liceat introducere, non magis quã tacitũ pactũ, vel quasi contractũ. Vt proinde ne quidẽ paritas rationis hic sufficere videatur: ex quo removetur argumentũ, quo aliqui moventur ex *l.* 1. § *licet aũt* 20. *d. exercit. act.* quod exercitio navium ad summã reipubl. pertineat. Sed & præterquã quod hoc paulò abusivè & improprie dicitur, non ead. ratio est navis, & ædificij, quatenus creditur non ad novũ plane extruendum in loco, in quo nullum antea erat, quo casu cessare ius hypothecæ tacitæ rectè statuit *Zas. in l. creditor* 25, *d. reb. credit.* sed in restituendũ quod collapsum erat, aut reficiendum ne collabatur: quod

ad decorem urbis pertinet, eaque etiam de causa tum L. 12. tabb. tum SCto tale quid ædib. eximere, ex quo ruina consequatur, prohibitum est *l.1.d. tign. iunct. l.* 41. §.1. *& seqq. d. legat.* 2. Neque movet ratio qua utitur ICtus *in l.* 5. *& 6. qui potior.* quod pecunia creditoris salvam fecerit totius pignoris causam: quoniam hæc ratio facit, non ut habeat hypothecam, sed ut in hypotheca conventionali ius habeat prioritatis: cæteroquin ei etiam danda esset tacita hypotheca, qui credidit in cibaria nautarum, nam & huius mentio est *in d. l. 6. qui potior.* Neque ex hoc solo quod quis V.C. in rem emendam credidit, tacita hypotheca inferri potest, & imputet sibi, qui cum posset, de hypotheca expressa sibi non prospexit: sed & ipso tempore creditæ pecuniæ, eo videlicet casu, quo in rem emendam credita est, non potest ius pignoris constitui, cum eo tempore nondum sit debitoris: sicut & eo tempore cessat adhuc ratio *d. l. 6.* quod pecunia creditoris salvam fecerit totius pignoris causam: sequuta autem iuxta conventionem emptio, aut pecuniæ in rem collocatio, citra textum expressum hypothecam parere non potest: cuiusmodi textus: tantum abest ut hic sese offerant, ut citra conventionem pignus hic non constitui textibus satis expressis probetur, *in l.* 5. § *plane* 17. *d. tribut. act. l. licet.* 7. *C. qui potior. l quamvis* 17. *C. d. pignor.* qui minime ita restringi & explicari possunt, quasi tantum pignus negetur eo casu, quo nihil plane mutuo adiectum est, non autem illo, quo pecunia in hoc ipsum, ut res emeretur credita fuit: etenim hinc conventio hypothecaria, quæ in dd. textib. requiritur, effici non potest.

Venditor in mercibus extantibus.] Res ista satis est expedita, quod aut venditor habuit fidem de pretio, aut non habuit: illo casu nec dominium retinet, neque in re tradita hypothecam sibi vindicare potest: ad quod tamen probandum frustra adducitur *à Zas. in d. l.* 25. *d. reb. cred. n.* 8. & post eum à Tr. *l.* 5. §. *plane* 17. *d. tribut. act.* quoniam ibi non merces venditæ, sed ex pecunia alterius emptæ proponuntur, eoq; textus ille ad quæstionem præcedentem pertinet. Hoc casu constat etiam dominium, & ita rei vindicationem penes venditorem manere *d l.* 5. §. 18. *d. tribut. act.* de quo alibi agitur. Poterit tamen illo casu venditor expressa conventione de hypotheca procul dubio sibi prospicere. Quo facto succedit quæstio, an ex hac pignoris cōventione venditor potior sit futurus eo, cui emptor antea omnia bona sua præsentia & futura obligaverat. Et ratio dubitandi contra

vendi-

venditorem est, quod cum res pignori obligari non possit, nisi postquam dominium quæsitum est debitori, tempore conventionis debitor nondum dominus est, & ubi traditione facta in bonis eius esse incepit, iam prior creditor causam pignoris prævenisse videtur. Et facit quod responsum est *in l. 1. §. ult. d. reb. eor. qui sub tutel.* ubi negatur pignus valere in prædiis quæ minor emit, quoniam ubi primum dominium acquisitũ est, iam res utpote effecta minoris non potuit obligari. Sed respondetur *ex l. 2. eod. tit.* quod hæc quidem sit summi iuris ratio, cui repugnat æquitas, quod cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhęsit: id est quoniam ipso puncto dominij acquisiti etiam cæpit pignus, & quoniam dominium ab illo ipso cui res obligata fuit, translatum est, qui non aliâs nisi sub hac lege pignoris traditurus fuisset, iniquum sit hunc creditorem per rationem nimis subtilis iuris decipi & circumveniri. Ad eundem modum in hoc nostro casu sub conditione pignoris res tradita intelligitur, & initio cum ipso dominio pignus inhæsit, non verò post dominium quæsitum contractum fuit: eoque meritò hic venditor eo creditore, qui generalem anteriorem habebat potior esse debet.

LIT. F.

Ad hos respubl.] Sequitur alterum membrum ex duobus initio propositis, videlicet eorum, qui absque hypotheca solum privilegium habent, sub quam classem primo refert rempubl. *per l. 9. C. d. iur dot.* videlicet quaslibet civitates imperio Romano subiectas, quæ licet privatorum loco censeri dicantur, & suo sensu re vera respubl. non sint *l. eum qui 16. d. V. S.* attamen quatenus cum re vera privatis conferuntur, non ineptè respublicæ appellantur *l. 8. qui potior. l. 4. C. eod.* fiscum autem propriè habere non dicuntur, nec adeò pecunia eorum publica fisci iuribus utitur, sed tantum ut Tr. hic tradit, in ea pecunia civitates habent privilegium exigendi, quo præferuntur cæteris creditoribus chirographariis *l. pen. §. 1. d. reb. author iudic.* Et consequenter falsum est quod à Tr. subiicitur, præferri & fisco: quoniam hic habet hypothecam insuper tacitam, & ideò eius mentio non fit *in d. l. pen.* quoniam ibi tractatur tantum de chirographariis. Adiicit quidem Tr. fisco præferri rem publicam, si hæc habeat anteriorem hypothecam expressam: sed hoc ipsum ineptũ est: quoniam hoc non fit iure privilegij, sed iure hypothecæ conventiona-

Respubl. præfert chirographarijs.

lis, iuxta *d. l.* 8. *qui potior.* & *l.* 4. *C. eod.* cuius poteſtate etiam quivis privatus præfertur fiſco *d. l.* 8. & cum propoſitio tantum ſit de privilegio reipublicæ, quod ex lege habet, ut præferatur ſolis chirographariis, non autem hypothecariis, cum nec hypothecam ullam ex lege habeat, inepta eſt ampliatio quæ habet terminos diverſos, hypothecæ ſpeciali conventione acceptæ.

LIT. G.

Et alij.] Tria exempla aliorum qui privilegium ſine hypotheca habent, proponit Tr. Primum eſt eius, qui ſervum captum ab hoſtibus redemit: ſed quod ille potius hypothecam & ius prælationis habeat, confirmatum eſt ſupra *diſput.* 1. *th.* 4 *lit. P.* & facit contra Tr. quod ipſe mox hoc argumento ei qui in funus credidit hypothecam negat, quoniam cum privilegium habeat, nulli hypothecæ præferatur, per *l.* 9. *C. qui potior.* ergo qui hypothecam anteriorem habenti præfertur, quod in primo hoc exemplo admittit Tr. ipſum quoque hypothecam habere neceſſe eſt, cum aliâs ſimplex privilegium omnibus hypothecis cedat *d. l.* 9.

Qui in funus impensas fecit. *Et qui in funus.*] Alterum hoc exemplum eſt, eius qui in funus faciendum credidit, de quo aliquid dictum ſupra *hac th. lit. B.* Siquidem autem hic iuxta ſententiam Tr. nudum habet privilegium ſine hypotheca, ſequitur ineptè ſubiici à Tr. *& ſi is nec expreſſa nec tacita hypotheca præferatur:* quoniam ex eo ipſo quod nudum privilegium habere iſtum dixerat, hoc inferendum potius erat, & verba ita concepta falſam prorſus efficiunt ſententiam, quaſi aliâs iure ſimplicis privilegij hypothecæ anteriori quis præferri poſſit. Cæterum videri poſſit hac in re aliquid eſſe ſpeciale, & exceptio fortaſſis ad *d. l.* 9. *C. qui potior.* Etenim qui in funus credidit, hypothecam ſpecialem ex lege habere non poteſt, nec generalem ei datam eſſe legimus uſquam: & tempore iacentis hereditatis, quo corpora defunctorum terræ mandari & funerari ſolent, & quo adeò bona nullius ſunt, non videtur commoda ratio ſibi proſpiciendi de hypotheca expreſſa. Et cum nihilominus ſumma ſit ratio quæ pro iſto creditore militat, eiuſmodi privilegium actioni funerariæ dediſſe videtur prætor, ut creditor quantum quidem fieri poſſet, conſtitueretur extra periculum, & extra quin ſupra ſortè omnium reliquorum creditorum, neque cum iis concurrere neceſſe haberet, & ante omne omni-

omninò debitum impensa funeris deduceretur, ut *d. lit. B.* comprobatum est. Ex quo defendi potest quod hic creditor, contra quam putat Tr. effectu omni hypothecę præferatur expressæ & tacitæ: etenim hactenus cum Tr. sentio, ut improbem sententiam Zasij *in leg. quæsitum* 17. *d. reb. autor. iud. alias l.* 2. *d. privileg. cred.* ubi hunc, qui in funus credidit hypothecæ tacitæ sed non expressæ præferri putat, Atquin *l.* 9. *C. qui potior.* indistinctè de omni hypotheca loquitur, eoq; hunc creditorem aut cum Treut. nulli, aut ex ratione iam dicta utrique hypothecæ præferri defendam: nam & in dubio semper eadem existimanda est utriusq; hypothecæ vis & potestas.

Item qui depositum.] Tertium istud exemplum est privilegij simplicis quod concessum est deponenti, si fuerit depositum consumptum, ut hic ait Tr. quoniam ut supra ostensum lit. B. ubi res adhuc extat, deponens iure dominij omnibus præfertur. Subiicit autem triplicem distinctionem Treut. an consumptio facta fuerit inscio deponente an eo permittente: an permissum fuerit ab initio an ex intervallo: an deponens usuras acceperit nec ne. Ex quibus distinctionibus apparet, quod in genere propositum erat, restringi ad speciem & eam irregularem, depositæ pecuniæ numeratæ. Existimo autem eo demum casu ubi pecuniæ depositæ quis accepit usuras, cessare privilegium, cæteris casibus non cessare, utcunque & ista species depositi in mutui speciem cadat: facit *leg.* 24. §. 2. *d. reb. author. iudic.* ubi negatur privilegium eo tantum casu quo quis accepit usuras. Hac autem in re non levis occurrit pugna duarum legum, videlicet *leg.* 24. §. 2. *d. reb. author. iudic.* & *leg.* 7. §. 2. *depositi*, illic deponentes dicuntur venire post privilegium, hic ante privilegium. Conciliatio una est per distinctionem, an pecunia deposita adhuc extet necne. Sed obstat 1. quod iuxta *d. l.* 24. nummi extantes vindicari possunt, ut nulla sit quæstio de concursu creditorum. 2. quod *in dict. leg* 7. §. 2. *depositi* quæ deponentes vocat ante privilegia, dicitur omnium deponentium parem haberi causam; quod necessum est referri ad concursum eorum, qui nullus est, ubi unius vel alterius pecunia extat. Secunda conciliatio est *Gl. in d. l.* 7. quam probat *Zas. in d. L.* 24. *alias l.* 9. *d. privileg. cred.* per distinctionē inter privilegia realia & personalia: quod illis quidem posterior sit deponens iuxta *d. l.* 24. his autem potior & prior *d. l.* 7. Sed nec hæc conciliatio mihi placere potest. 1. quia

de iure

de iure prælationis quæri solet inter duos vel plures qui sunt iuris eiusdem, non inter eos qui sunt iuris diversi: & nimirum qui omnes vel hypothecam vel privilegium personale habent, non quorum alter hypothecam alter privilegium, quæ inepta collatio est per *l. 9. C. qui potior.* 2. quia sub *toto tit. privileg. credit.* & alibi à ICtis veteribus non temere videas hypothecam appellari privilegium Videri possint hic distinguendi tres casus, primus quo pecunia extare constat. 2. quo pecuniam consumptam esse constat. 3. quo sumus in casu dubio: ut videlicet in casu primo detur vindicatio, in secundo deponens venit post privilegia: in tertio ante privilegia. Sed tamen quod notandum est, cum in textib. contrariis tractetur de pecunia deposita penes nummularios, mensularios vel argentarios, videtur tertius casus parum distare à secundo: quoniam non ita penes istos pecunia deponitur, ut ead. corpora pecuniæ restituantur, sed ut saltem pecunia in genere, quoniam deponentes ita fidem sequuntur nummulariorum, ut fere in creditum ire videantur: ex quo tanto magis falsa videtur sententia Zas. ut eiusmodi deponentes vocentur ante privilegia: & simul effici videtur, vix locum *esse* posse vindicationi tanquam extantium nummorum, & ob id quo dicitur *in d. l. 24*, accipiendum de casu, quo deponẽs in specie nummos suos extare probat: & ut tamen hoc quoq; casu sit quasi & utilis tantum vindicatio, quæ non multo plus tribuat, quam ut depositarius ante privilegia vocari videatur: quæ fortassis sententia fuit *Pap. in l. 7. depositi*, qui nummos simpliciter non obsignatos fidei alicuius permissos vix pro extantibus haberi posse consideravit, eoq; in pecunia deposita, quæ per accidens extans deprehenderetur, ante privilegia deponentes admitti voluit, ut ob id prior concilliandi ratio rectior esse videatur. Sed subsisto.

AD

AD DISPUT. XXV.

De INTERDICTIS.

Respondente

GERHARDO CAPP. LIPPIA-WESTPHALO.

THESIS PRIMA.

LIT. A

NON dubito veram esse nominis notationem, qua interdicta deducuntur ab interdicendo, quod verbum magis propriè, *prohibere*, sed aliquando etiam mandare & iubere significat, ut pluribus confirmat *Petrus Frider. Mindan. d. interdict. comment.* 1. *num.* 38. *& seqq*, eoque hæc notatio etiam interdictis quæ restitutoria aut exhibitoria dicuntur, communis erit. Illa autem qua utitur *Iustin. in* §. 1. *inf. h. t.* interdicta appellata, quod inter duos dicantur, allusio potius est, & ea paulò remotiorà proprietate verbi: sed & illa allusio est, licet rem ipsam naturamque interdictorum exprimere apta, quam probant *Cuiac. in paratit. l. C. hic. Alciat.* 3 *parerg.* 15. quod interdicta appellata sint, quasi interim dicta, quoniam per ea non definitur totum negotium, sed ferè quæstio alia, V. C. proprietatis differtur, alio iudicio tractanda, quo non rarò, qui in possessorio obtinuit, succumbit, & proinde interim tantum, & momentaneum quoddam ius interdicto adeptus videtur. Nois notatio.

LIT. B.& C.

Olim erant.] Ait interdicta olim fuisse formulas & conceptiones verborum, quibus prætor aliquid fieri iubebat aut prohibebat: & ita etiam *Iustin. in princ. Inst. h.t.* sed tamen hoc impropriè & per tropum, quoniam interdicta essentialiter non sunt formulæ, sed sunt iussa & præcepta, quæ olim certis formulis constabant: sicut nec rectè actiones ipsas formulas quis esse dixerit, sed petitiones, sub certis formulis instituendas & proponendas.

In possessionum controversiis.] Interdictorum quidem in genere usurpatorum usus latissimus esse potest, quibus magistratus pro re nata in variis negotiis iudicialibus sive extraiudicialibus utatur, quæ pleraque proponit *Mindan. d. inter dict. comment.* 4. *per tot.* Sed constat iure nostro interdicta in specie dici, quæ regulariter super causa possessionis à prætore proposita erant, de quibus agitur *lib.* 43. *Digest.* unde consilium ICti *in l.* 24. *d. rei vindic.* ut qui rem destinavit petere, animadvertat, an interdicto possit nancisci possessionem. Videtur tamen apud Tr. addenda particula, *maxime*, quoniam quædam interdicta dicuntur continere causam proprietatis, *§.* 1. *I. h.t.l.* 2. *§* 2. *D. eod. l.* 1. *§. ult. d. aq. quot l.* 3. *§* 12. *&* 13. *d. itin. act. priv.* licet *Donell. ad rubr. C. h.t.n.* 6. putet, ita appellari, non quod non sint de possessione & usu tuendo, sed quod adiunctam habeant proprietatis causam, dum placet eum vincere, qui ius ad se pertinere ostendit. In quo tamen Donell. in verbis ludere videtur: etenim de possessione eo præcipuè respectu dicuntur interdicta, quod causa proprietatis ea non ingreditur, sed qui possessionem probat, vincit: quod cum in istis casibus secus fit, sequitur ista interdicta rectè ab aliis hac in re separari: ceteroquin actionem confessoriam, in qua agitur de usu servitutis, iudicium possessorium esse quis dixerit. Porrò hoc modo, quod interdicta olim erant formulæ, quibus prætor aliquid iubebat aut prohibebat, minimè satis explicatur natura interdictorum ex iure veteri, de qua plenius tractat Mindan. hic *comment.* 2 *per tot.* Videtur ita obtinuisse olim, ut prætor aliquando pro tuendis V.C. iis, quos ex edicto suo in possessionem miserat, & contra eos qui non admiserant, ad simplicem implorationem nobilis officij, citra aliquem processum & remedium iudiciale, potestate magistratus sui & via

sui & via executiva rectâ uteretur, aliquando verò & frequentius iudicio constituto rem transigeret. Textus in hanc rem hi iam occurrunt. 1. *in l.* 1. § 4. *vers. restituta D. uti. possidetis*, ubi Vlp. ait retinendæ possessionis duplicem esse viam, executionem aut interdictum. 2. *in l.* 3. *in princ. ne vis fiat ei qui in possess. &c.* ubi idem Vlp. si, inquit, quis missus fuerit & non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. 3. *in leg.* 1. § *si ventris nomine mulier in possess.* ubi rursus idem Vlpian coget, inquit, eum decedere non prætoria potestate vel manu ministrorum, sed melius & civilius faciet si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit. Ex quib. locis unicè notandum videtur, quod executio vi potestatis prætoriæ per manum militarem & ministros, opponitur viæ & rationi agendi ex interdictis tanquam iuri ordinario. Ex quo videatur dubitari posse de eo, quod sæpius inculcat *Mindan. d. comment.* 2. eo demum casu ubi interdicto satisfactum non erat, aut an satis factum esset, dubitabatur, prætorem dedisse actionem: siquidem ex iam dictis textibus colligitur, ubi ex interdicto agebatur, potestatis illius extraordinariæ effectum cessasse. Sed fortassis ita se res habuit, ut dupliciter diceretur procedi ex interdicto vel iuxta interdictum, tum generaliter tum specialiter. Etenim & illud iuxta interdictum dici potest fieri, quod prætor rectâ exequitur: siquidem enim interdicta rectè dicuntur à Iustin. formulæ & conceptiones verborum, quibus prætor inter duos aliquid fieri iubebat vel prohibebat, utique sequitur, non statim à principio & rectâ actionem fuisse institutam, sed iussum prætoris sub certa formula ante omnia præcessisse, cui si non fuisset paritum, vel prætorem rectâ iussum & mandatum suum extra ordinem per ministros executum fuisse, vel ordinario procedendi modo ex interdicto actionem dedisse. Et verò ante actionem istam aliquid præcessisse, perspicuè probatur *ex leg. ult. Codic. h. t.* si quis, inquiunt Impp. quod libet interdictum efflagitat, ruptis veteribus ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere iubeatur: nihil enim aliud esse videntur veteres ambages, quam formulæ illæ & conceptiones verborum, quibus antequam actionem daret, prætor utebatur. Atque in arbitrio petentis vel implorantis fuisse videtur, eligere quam viam mallet, argument.

leg. 3. in princ. ne vis fiat ei qui in possess. quamvis prætorem frequentius ad ius ordinarium partes remisisse, ostendat *d. l. 1. §. 2. si ventris nomine mulier.*

Porrò actio quæ ex causa interdicti dabatur, non videtur fuisse unius generis: nam oportet formulam non rarò ita conceptam fuisse, ut possessio restituenda adiudicaretur actori: V. C. *si paret Titium à Seio de possessione deiectum fuisse, iudex eam restitui iube aut condemna*; idque arguit *d. l. 24. d. rei vindic.* ubi monet ICtus, ut quis videat, annon interdicto possit nancisci possessionem: & quod traditur *in l. 12. §. 1. d. acquir. possess. l. cum fundum 18. §. 1. d. vi armat.* omisso petitorio posse transitum fieri ad possessorium: & quod Iustin. tradit *in §. retinendæ 4. vers. & quia Inst. h. t.* in causa interdictorum de possessione oriri controversias, quia longe commodius sit possidere quam petere: & ex eo, quod iudicia possessoria dicuntur, super restituenda possessione ea institui consequitur: quamvis ob id non sit præcisè necessarium, ut ad possessionis restitutionem condemnetur adversarius, sed etiam quanti interest actoris: nam & in petitorio iudicio quo super proprietate litigatur, contra reum restituere recusantem, in litem iurari solet. Cæterum aliquando pro qualitate rei & obiecti, apparet non pro possessione recuperanda aut nanciscenda, sed rectà ad interesse datam fuisse actionem, veluti ex causa interdicti, *ne vis fiat, ei*, qui non admisserat quem prætor in possessionem miserat, actione in factum in illam ipsam summam tenebatur, cuius causa missio facta erat: in maxima autem interdictorum diversitate, nihil in genere & in universum definiri potest. Ex his liquet, angustiorem esse descriptionem Tr. *quod interdicta sint formulæ &c.* quoniam descriptio hæc minimè exhaurit veterem illum ex causa interdictorum procedendi ordinem: & etiam qui data actione & accepto iudicio experiebatur, interdicto experiri dicebatur: etenim illud Mindan. d. loc. minime probandum existimo, qui per formulas *in pr. Inst. h. t.* intelligit actionem, quam ex causa interdicti prætor reddebat.

Hodie extraordinariæ sunt actiones. *Hodie sunt extraordinariæ actiones.*] Non satis expeditum est, quidnam hodie sint interdicta, & quomodo exerceantur: & scribit Iustin. *in §. ult. Inst. h. t.* de ordine & veteri ritu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quoties extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed

sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. Hactenus Iustin. Quæ quidem verba ita accipit Mindan. quasi hodie quoque citra iudicis dationem ad instar interdicti perinde iudicetur, & scilicet mandando & exequendo regiè & prætoriè ad solam supplicantis querelam, ita procedatur, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita esset. Quæ quidem explicatio mihi à mente Iustin. alienissima esse videtur: cuius plane hæc sententia est, quod olim præcedente interdicto, & ita ex causa interdicti actio utilis reddita fuerit: sed hodie sine interdictis iudicari, & simpliciter rectâ actionem proponi, eodem effectu qui olim erat, cum ex causa interdicti utiles actiones redderentur: neq; aliud sentit Iustin. quam Impp. *in l. ult. C. h. t.* quod statim initio citra ambages actio sit proponenda. Ex quo licet existimare, non minus veram quam communem esse sententiam, quod usus interdictorum, qualis iure veteri obtinuit, hodie sit sublatus: contra quam sententiam multa quidem latè disputat & movet *Mindan. comment.* 3. sed nihil promovet aut persuadet. Etenim nemo negaverit, quin & hodie magistratus aliquando ex causa, potestate sua executivè statim citra ordinem iudicialem uti possit: sed inde nihil infertur contra sententiam communem, quod iure nostro vetus ratio interdicendi sit sublata: neque ex moribus aliarum gentium Gallorum vel Britannorum aut Hispanorum quos advocat Mindan. aliud probari potest: sicut & mandata hodie in Camera frequentissima ad hanc quæstionem nihil pertinent, quæ etiam, ut Geil. autor est, ut plurimum in simplicem citationem resolvuntur. Ut proinde Mindani argumēta omnia sint à diversis nec ullo modo efficiant, quod eo modo quo olim interdicta hodie usurpentur. Nec quicquam obstat *l. ult. C. quor. bonor.* vel quia, ut iam dictum, potestas & ratio procedendi executiva quin aliquando adhiberi possit in re notoria & liquida, non negatur: vel potius quia verba *d. l. ult.* omnibus frustrationibus amputatis, excludunt plenarium procedendi modum, qui in petitorio observatur, non autem omnem processum, quo opus esse, & in probando aliquas partes petitoris *l. 1. C. eod. tit.* ostendit. Et hinc ineptum possit videri quod Tr. ait lit. C. actiones quæ hodie ex causa interdictorum moventur, à veteribus illis formulis penè nihil differre: etenim formulæ illæ quibus prætor iubendo & prohibendo utebatur, olim actionem præcedebant, quas ambages

appellat Imp. *in l. ult. C. h. t.* & actiones quæ hodie locum habent, nihil aliud sunt, quam illæ ipsæ veteres actiones, quæ sicut aliæ, ita & ipsæ ex causa interdicti reddebantur: cæteroquin ex sententia Tr. efficeretur, quod in formulis illis iubendi & prohibendi interdictum totum & ipsa actio fuerit: quod licet Cuiac. existimare videatur, falsum tamen habendum est. Atque hinc est quod *Iustin. in pr. Inst. h. t. sequitur*, inquit, *ut dispiciamus de interdictis, seu actionib. quæ pro his exercentur*; & eod. sensu Tribon. ita inscripsit hunc titulum, *de interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt.* Ex quibus textib. tanto magis sententia cõmunis confirmatur, & Mindan. confutatur: eodemq; referri potest, ꝙ *in l. 4. unde vi, & in l. ult. C. d. liber. exhibend.* actio ad exẽplum interdicti instituenda proponitur, & expressus *in l. 3. C. h. t.* interdicta locum non habere, sed ad eorum exemplum rem agi. Scrupulum autem hic porrò movere videtur, quod apparet ex ante cit. textib. præsertim *l. 1. § 2. si ventr. nom. in ult. in possess. &c.* interdicta ad ius ordinarium pertinuisse, & ex eorum causa actiones ordinarias à prætore redditas fuisse. Et sunt ex neotericis qui hoc nomine Tribonianum reprehendunt, qui per errorem aut incuriam ita titulum de interdictis inscripserit: sed *Mindan. comment. 2. d. interdict. n. 77. & seqq.* rectè hic Tribonianum tueri videtur. Et 1. nihil absurdi est, ut unum idemq; diverso respectu ordinarium & extraordinariũ dicatur: & cum actionũ in specie ordinariarum quatuor essent notæ, ut idem Mindan. notat *d. loc. n. 3.* quod essent ex certa lege aut edicto introductę ꝙ essent in albo prętoris propositæ: quod non coram prętore, sed iudice pedaneo expediebantur: quod deniq; essent certæ & solennes, respectu magistratus, temporis, formularum, impetrationũ & denuntiationum &c. extraordinariæ autem, quæ apud prætorem sine solennibus formulis expediebãtur: evenit, ut actio aliqua, licet coram iudice pedaneo instituatur, & hoc nomine ordinaria dicatur, nihilominus propter defectum aliorum requisitorum extraordinaria appelletur: cuiusmodi esse dicitur actio negotiorum gestorum *l. 47. §. 1. d. negot. gest.* super quam tamen iudicem olim pedaneum datum fuisse constat, iuxta notata *supr. part. 1. disp. 10 th. 5. lit. A.* Deinde ut maximè olim actiones ex causa interdictorum ordinariæ fuerint, attamen, postquã sublatis formulis earumq; impetrationibus, aliisq; solennibus, & simul ipsa iudicis datione sublata, omnia iudicia extraordinaria esse

esse cæperunt, ut expressum est *in* §. *ult. Inst. h. t.* rectè utiq; Tribon. actiones illas extraordinarias appellavit: non quod has tantum extraordinarias esse putaret, sed ut istas quoq; cum aliis extraordinarias esse doceret: quæ præsertim etiam olim dubio procul expeditiorem & simpliciorem habuerunt processum, & forte quæ alia etiam, propter quæ à cæteris ordinariis actionibus distinguerentur: qua de causa ēt utiles actiones dictæ fuerunt, ut apparet ex § *ult. Inst. d. Interdict.* Ex quib. apparet errasse *Cuiac.* 5. *obs.* 17. *& in paratit l. C. hic* ubi existimat nō tantū prætorē ipsum interdixisse, sed omninò totū negotiū possessoriū ex causa interdicti apud prætorē tractatum, & post cū super negotio principali V. C. super ꝓprietate iudicē datū fuisse.

Actiones intellige reales.] In magna interdictorum varietate nimis generaliter & indistinctè affirmari existimo, quod actiones, quæ vel olim ex causa interdictorum reddebantur, vel hodie rectâ proponuntur, sint actiones in rem. Variæ autem hic occurrunt considerationes: & sunt 1. qui distinguunt interdicta adipiscendæ, quæ statuunt esse in rem, veluti interdictum Salvianum, quorū bonorum &c. & interdicta recuperandæ & retinendæ, quæ magis existimant esse personalia, tanquam quæ sint ex delicto, veluti deiectione vel turbatione. Et de interdicto recuperandæ facile hoc admiserim, quod nec contra tertium possessorem datur *l.* 7. *d. vi arm.* sed quoad interdictum retinendæ illud obstat, quod actionum realium fundamentū est ius in re, propter quod petitor contra quemcunque rem sibi asserit, & vindicat: in quo sane iure fundari videtur interdictum retinendæ, quod minimè datur contra eandem personam, quæ nota est actionum personalium *l. actionum* 25. *in pr. d. O. & A.* sed contra quemcunque turbantem, sibiq; asserentem possessionem, & nobis eam negantem, nosq; quo minus utamur possessione, impedientem: quo modo & actio confessoria, quę certo iure in rem est, contra omnem eum datur, qui nos in usu servitutis, & quasi possessione iuris nostri turbat & impedit. Quod si enim hactenus personale dixeris interdictum retinendæ, quatenus contra hunc vel illum in specie turbantem datur, ea ratione omnes vindicationes effeceris actiones in personam, quas necessum est per consequentiam, in quandam dirigi personam, quæ tempore instituendæ actionis rem tenet. Verum aliunde petenda est distinctio actionum in rem & in personam: quod hæ sunt relatæ, & ex obligatione,

unam

unam eandemque personam perpetuo comitantes: illæ autem fundantur in iure absoluto, quod quis in re prætendit citra ullam personæ considerationem. Ad eum modum interdicta personalia dicenda fuerint, quæ ex facto & delicto aliquo in certam diriguntur personam: sed realia, quæ contra quemcunque, qui rem tenet, quam cuiusve possessionem ad nos pertinere contendimus: ex quib. fundamentis interdicta retinendæ, sive actiones hodie pro his competentes, non personales, sed reales dicendæ erunt: & vero in interdicto retinendæ turbatio non consideratur ut delictum, quia negatur id ab adversario, sed ut assertio possessionis, quam ille ad se pertinere contendit: ceterum quatenus ratione eius quod interest, propter turbationem præteritam, actio contra hunc vel illum datur, actio in personam rectè appellari possit. Porro actionē quæ datur ex Interdicto Ne vis fiat ei, utpote pœnalē & in factu, nemo dubitaverit esse personalem. Rursus ex adverso ex iisdē fundamentis apparet, vitiosam esse rationē, qua movetur Tr. ut actiones has reales esse probet, ꝙ sint de possessione. Etenim etiā ex obligatione præstatio eiusmodi descendere potest, & scilicet ex obligatione tum ex contractu tum delicto: maximè si actiones in rem scriptas inter personales referre velimus: idque videns est argumento interdicti recuperandæ, unde vi, quod cum super possessione sit, utique tamen personale & ex delicto est. Atque hæc prima est circa hanc rem consideratio. Altera est ex ratione iuris antiqui, secundum quam interesse videtur, an quæramus de ipsis interdictis, id est in specie mandatis & iussis, exorta controversia contra aliquem directis, quæ rectè dicuntur personalia: an verò de actionibus, quæ ex causa interdicti reddebantur, & quæ nihilominus possunt esse reales. Tertia consideratio est, ut hæc quæstio referatur ad interdicta tanquam prætoris, ut loquuntur, mortui, id est in ipso edicto posita, & in abstracto considerata: secundum quam interdicta alia sunt concepta personaliter, veluti, *unde tu eum deiecisti, restituas*: alia impersonaliter, veluti, *ne vis fiat ei &c.* quo scilicet referunt aliqui, & inter eos *Donell. ad rubric. C. hic num. 9.* quod Vlp. ait *in l 1 §. pen. D. h. t.* interdicta licet in rem videantur cōcepta, vi tamen ipsa esse personalia: id est quod licet prætor impersonaliter loquutus sit, ipsius, tamen intentio fuerit, ne quid à certa persona fieret, prohibere & impedire: licet huic explicationi illud obstare videatur, quod Vlp. de omnibus interdictis

ctis ita pronunciat: nisi eam propositionem quis cum moderamine accipiendam, & particulam *ferè* sub intelligendam existimaverit: cum præsertim in tanta interdictorum diversitate, propositiones eiusmodi generales sint periculosæ, quæ vix subsistere posse videantur. Quarta consideratio esse potest, quod interdicta sint personalia quidem, sed in rem scripta, quomodo *d. l.* 1. §. *pen. h. t.* accipitur à Dd. vulgo, quos sequitur *Mindan. hic comment.* 7. *num.* 44. est & consideratio quinta, ut distinguatur inter actiones quæ pro possessione competunt, & quæ tantum ad interesse dantur, quæ magis sunt personales, eoque ferè in factum dicuntur, cuius generis actiones personales esse constat. Explicatio sexta est Wesembec. quem Tr. sequitur, *in paratitl. hic num.* 7. quod licet prætor de re & possessione fuerit loquutus, interdicta tamen vi sua sint personalia, quoniam tantum inter duos ius faciunt, nec ad alios porrigantur. Sed hoc sensu omnes etiam vindicationes personales quis effecerit, quoniam generale est, quod sententia tantum inter eos, inter quos dicta est, ius faciat. Plane *ex d. l.* 1. §. *pen. h. t.* contra sententiam Tr. quis potius effecerit, interdicta esse personalia: quoniam in rem tantum concepta videri, sed vi sua personalia esse ICtus respondet, quippe quod iis verbis, per interdicta personas coerceri, videatur significari. Et hac in re interdicta non obscurè differunt ab actionibus in rem: quod hæ fundantur in iure absoluto, & citra relationem ad personam petitor intendit rem suam esse. Sed formulæ interdictorum magis ad instar actionum personalium, videtur fuisse conceptæ in personam, quippe quod certæ personæ facto coercendo & inhibendo interdicta proposita & destinata erant. Et quod omninò notandum, cum interdicta iure veteri ita in personam dirigerentur, ut sub certa conceptione verborum ea V. C. quid facere iuberetur aut prohiberetur, etiam actiones quæ ex causa interdicti reddebantur, in personam directas fuisse verosimile est, licet non paucæ possessionem persequentes, re ipsa naturam actionum in rem imitarentur: & hæc potest esse consideratio septima. Apparet autem hinc errare *Vultei* 2. *Iurisprud. Rom.* 21. & Tr. hic qui simpliciter statuunt esse actiones reales: si quidem non pauca interdicta ex contumacia & delicto descendunt, adeoque ex quadam obligatione argum. *l.* 52. §. *iure honorario d. O. & A.* velut & in specie interdictum *unde vi*, & *quod vi aut clam* cum personalibus actionibus con-

iunguntur *l. videamus 38. in pr. & §. & ideo 5. §. interdicto 11. de usur.* quo etiam pertinet *l. 7. d. vi arm.*

Quomodo differat Edicto et interdicto.

Illud hic etiam dispiciendum, an & quomodo Interdictum differat ab edicto, quod obiter cum Tr. attigimus supra *disp. 18 th. 1. lit. D.* prolixè autem de eo agit *Mindan. d. interdict. comment. 2. n. 83. & seqq.* idemq; tractant *Dd. in l. 1. in pr. d. novi. oper. nuntiat.* Et ibi *Bart. n. 4.* refert. 1. opinionem Roffredi, interdictum esse, ubi quid præcisè præcipitur, sed edictum, ubi sub modificatione, ut iudicium detur. Deinde opinionem Gl. quod edictum & interdictum, differant ut causa & effectus Ipse autem Bart. existimat differre tanquam genus & speciem: in quo pueriliter ab Interpretib. erratum esse ait *Donell. ad rubric. C. hic n. 8.* ubi ita statuit, quod edictum sit lex prætoris & ius publicum, interdictū autem, id quod edicto proponitur, & edictum ius generale ad omnes pertinens, interdictum privatum & personale, pertinens duntaxat ad eas personas, inter quas edicto agitur. Sed explicata homonymia verbi facile hæc componuntur, & simul à Donell. iniuriam fieri Dd. apparet. Etenim interdicti verbum usurpatur dupliciter. 1. pro eo quod prætor tanquā in abstracto, & sine mentione certæ personæ, Titij vel Caij proposuit: veluti, si quis dolo malo fecerit, quo minus in possessionem bonorum sit, iudicium dabo *l. 1. in pr. ne vis fiat ei &c.* In loco sacro facere inve eum immittere quid veto *l. 1. in pr. ne quid. in loc. sacr.* & aliis pluribus casibus: & idem est, utcunque, (velut in interdicto quorum bonor. de tabulis exhibendis, de vi arm.) quasi ad personam sed indefinite, verba direxerit prætor: & hoc sensu verissima est Dd. sententia, quod interdictum nihil aliud sit quā species edicti. 2. usurpatur interdictum, pro ut contra certam personam in individuo redditur & exercetur: quo sensu à Dd. in ista distinctione edicti & interdicti, acceptū fuisse interdicti verbum, falso Donell. existimavit: sed imò Dd. respexisse magis videntur ad ius novum, quo actiones extraordinariæ prorsus in locum interdictorum subrogatæ sunt. Sed & hinc apparet rectè etiam hoc dici, quod edictum & interdictum differant tanquam causa & effectus, in secunda videlicet acceptione, quoniam ex edicto redditur interdictum: veluti quælibet actio ab edicto quo proponitur, hoc modo rectè distinguitur. In hoc autem offendit *Mindan. d. comment. 2. n. 83.* dum à *Bart. ad rubr. hic n. 3. & ibid. Zas. nu. 3.* interdictum & edictum tanquam materiam & materiatum distingui ait:

quoniam

quoniam cit. autores non de differētia interdicti & edicti, sed interdicti & actionis in factū, quæ ex causa interdicti redditur, ibi agunt.

L I T. D.

Divisiones interdictorum. quas hic proponere incipit Tr. variæ sunt & aliquam-multæ, ita ut Mindan. comment. 7. earum numero triginta, quarū tamen multæ longius petitæ nec accuratæ sunt, proponat. Et parum referre videtur, quomodo proponantur, neq; necessum est, ut omnes illæ divisiones in certa & accuratè opposita & sibi invicem subiecta membra redigantur, modò de re ipsa constet. Potest autem in genere dici, quod interdictis quis utatur, eaque intendat, vel qua tantum civis, vel quà simul privatus & ob proprium aliquod interesse. Prius membrum subdividi potest, quod interdictum illud vel concernat alium concivem, veluti de libero homine exhibendo: vel rempubl. quo pertinent interdicta quæ redduntur super locis sacris & publicis ne quid in iis fiat: quamvis in his, & maximè in publicis, per consequentiam veniat interesse privati, ut locis publicis liberè uti possit. Posterius membrum principale etiam plures partes & obiecta habet: quod scilicet interdictorum huiusmodi obiectum est vel publicum, veluti si quis in loco publico quid facere prohibeatur: vel sacrum, veluti si quis mortuum in ferre prohibeatur: vel privatum, circa quod iterum sub distinctione opus, quod vel persequimur interesse pecuniarium principaliter, & directò, vel ut ita dicam obliquè, aut mediatè potius, quo pertinent interdicta, de liberis exhibentis, per quos videlicet acquisimus, & de liberto exhibendo, qui videlicet operas nobis debet, & cuius successio, vel in solidum vel pro parte ad nos spectat. Tr. autem inter alia quæ notari possent, valde specialiter utitur, verbis, *iuris sui tuendi causa*, dum interdicta ista opponit iis quę sunt pro re familiari: & adeo aliter utitur *inf. th. 4. lit. A.* ubi ait fructuario dari interdictum iuris sui tuendi gratia. Sub quas divisiones referri possunt, quæ proponuntur *in l. 1. & 2. h. t.* quod sint vel humani vel divini iuris, publici vel privati, quod respiciant vel rem familiarem vel ius nostrum tuendum, vel officium: quod vel sint prohibitoria, vel exhibitoria vel restitutoria: quod sint vel simplicia vel duplicia: vel annalia vel perpetua: quod sint vel adipiscendæ vel retinendæ vel recuperandæ.

Divisio Interdictorum.

LIT. F.

Initio huius lit. aliquid movet Tr. de interdicto de tabulis exhibentis, & in specie an post annum detur: nec abs re fuerit, generalius paulò hac de re disquirere. Et traditur ab Vlp. *in l. 1. §. Vlt. h. t.* hæc interdictorum divisio, quod alia sint annalia, alia perpetua, quæ etiam probatur ex *l. 4. eod. tit.* Et videntur tamen frequentius & ferè regulariter annua fuisse, tum quod remedia sunt prætoria, *argum. pr. Inst. d. perpet. & tempor. action.* tum quod cum interdicta celerem habeant expeditionem, etiam celeriter & sine mora proponenda esse videntur, qua ratione utitur *Mindan. d. interdict. comment. 8. num. 26. & seqq.* Sed utique regula in alterutrum statui non posse videtur, cum ICtus *in d. l. 1. §. ult.* duas has species interdictorum annalium & perpetuorum proponat: quas species discernendi rationem rectè *Robert. 1. receptar. lect. cap. 29.* post *Accurs. in d. l. 1. § ult.* ex eâd. regula petendam esse existimat, qua aliæ actiones prætoriæ perpetuæ à temporalibus discernuntur, an videlicet rei persequutionem habeant, an ex maleficio descendant, iuxta *l. in honorariis 35. d. O. & A.* Et ad priorem speciem rei persequutoriorum, videntur pertinere interdicta in rem adipiscendæ, quæ eod. tempore, quo aliæ vindicationes durare videntur, *argum. l. 1. quorum bonor.* ubi interdictum istud dicitur competere pro restituendis bonis quæ alius possidet, nisi quid ex his sit usucaptum: quin imò interdictum illud quorum bonorum, exemplo petitionis hereditatis 30. annis durare ex Dd. tradit *Menoch. remed. 1. adipisc. quæst. 28. n. 101.* Eiusdem conditionis esse videtur interdictum *quod legatorum* quod simpliciter heredi dari dicitur *l. 1. §. 3. quod legator.* & interdicta, ut appellant ex *l. ult. Cod. d. edict. Hadrian. tollend.* latè *Menoch. remed. 4. adipiscend. quæst. 94. num. 773.* Ex cæteris quæ ex facto & maleficio quodam descendunt, procul dubio annalia erunt, *argument. d. l. 35. d. O. & A.* Atque ita interdictum recuperandæ unde vi, annum esse responsum est *l. 1. in princ. & §. annus 39. d. vi armat. l. 5. C. d except. l. 2. C. unde vi, & d. l. 35. in f. princ. d. O. & A.* idemque de interdicto uti possidetis traditur *in l. 4. in f. princ. uti possidetis*, & de interdicto quod vi aut clam *l. semper 15. § 3. cum duobus seqq. quod vi aut clam.* Sed quod ad interdictum unde vi, non leviter obstat *l. communi. 7. §. Iulianus f. commun. divid.* placuit, inquid ICtus, interdictum unde vi, etiam

post

post annum reddi. Et Accurs. quidem dupliciter respondet, vel quod loquatur ICtus de modo utendi interdicto per exceptionem, quæ perpetua est *l. 5. C. d. except.* vel de persequutione eius quod ad alterum pervenit, cuius intuitu interdictum perpetuum est *d. l. 1. in princ. h. t. & §. 39. l. 3. §. 12. de vi arm.* textus generalis *in l. 4. h. t.* Sed explicationes istæ hoc incommodum habent, tum quod inconcinnè dicitur, interdictum reddi, sive de exceptione opponenda, sive de eo quod interest persequendo quæratur: sed & amplius species *in d. l. 7.* proposita istam explicationem respuere videtur: quoniam ibi proponitur, iudicium communi dividendo non habere locum inter iniustos possessores, & ubi alter saltem vi possidere dicitur: & additur, nec post annum quidem iudicium illud dari, quoniam post annum etiam reddatur interdictum unde vi: quæ sane ratio nulla esset, nisi pro restituenda possessione post annum interdictum redderetur. Cæterum *Robertus 1. recept. lect. 29.* in genere existimare videtur, omnia interdicta perpetua esse, sed postquam ea petita & reddita sunt, actionem ex ea causa esse annalem: de quo mox dicemus. Haud scio an fortassis tentari possit, interdictum unde vi, aliud esse directum, ex cuius causa simpliciter spolians nullis etiam admissis probationibus iuris aut æqualis aut potioris, aut ipsius etiam dominij, rem protinus restituere tenetur: aliud utile quod etiam post annum datur, sed ut aliquæ probationes admittantur, & petitor probata possessione iustiori, audiatur, cum & hoc respectu possessio penes alium extans, rationem eius quod interest, & quod ad alium pervenit, habere videatur. Porrò quod ad interdicta retinendæ attinet, rationis esse non videtur ut ea anno finiantur: Et non inepta videtur distinctio, licet eam improbet *Mindan. comment. 8. num. 25.* ex Dd. relata à Menochi *remed. 3. retinendæ possess. quæst. 85. n. 706. & seqq.* quod si quidem agatur ratione eius quod pervenit, ad turbatorem, interdictum fit perpetuum: idemque ratione turbationis in futurum, quia posita & durante turbatione durat interdictum: (ex quo apparet hoc casu interdictum non propriè dici dari post annum) secus si agatur ratione interesse præteritæ turbationis, quo casu non detur ultra annum. His autem non obstant textus, quos *Mindan. d. comment. 8 num. 5. & seqq.* pro perpetuitate interdictorum adducit ex *l. 1. §. ult. de via publ. & itin. l. 2. §. pen. ne quid in loc. publ.* quoniam interdicta quædam perpetua esse docet *leg. 1. §.*

ult. h. t. & ex iis, quæ ad publicam utilitatem pertinet, qua ratione utitur *Vlpia. in d. l. 2. §. pen* Nec magis obstat *l. 8. § pen. d. precar.* quoniam istud interdictum rei persequutionem continet, & quasi ex contractu descendit, & utiq; cum actione præscriptis verbis sive incerti condictione concurrit: sicut & specialis ratio est interdicti *in l. 20. §. 6. & ult. d. novi oper. nuntiat.* & nisi quædam interdicta perpetua essent, falsa esset divisio Vlp. *in d. l. 1. §. ult. h. t.* Sed iam in specie cum Tr. videamus de interdicto de tabulis exhibentis: quod, *Cuiac. 16. obs. 28. & ad Paul. 4 sententiarum.* 7. anno finiri existimat, per illum locum Pauli: ideoque Vlpian. *in l. 3. §. ult de tabulis exhibendis*, ubi ita legitur, *interdictum hoc & post annum competere constat*, putat esse addendam negationem. Verum hoc nimis violentum, neque satis momenti positum est in argumento, quod ducit Cuiac. à comparatione interdicti, *ne vis fiat ei* quod annale est *l. 1. § ult. eo titulo*, quoniam hoc omnimodò est pænale, sed interdictum de tabulis exhibendis prorsus pænale esse non videtur: quoniam præsumitur quis ideò supprimere tabulas, ne legatum in iis alteri relictum præstare teneatur: ut adeò aliquo respectu & modo interdictum istud persequutionem eius quod interest continere videatur, ut & notat *Robert. d. cap. 29. lib. 1. recept. lect.* cuius tamen utriusq; loci conciliationem, quod interdictum quidem sit perpetuum, sed postquam illud redditum est, actio sit annalis, meritò reprehendit *Cuiac. 16. obs. 28.* nam ita contra sententiam Vlp. qui ipsa interdicta ita distinguit, effectu ipso omnia interdicta efficerentur perpetua: cum præsertim actio instituta etiam annalis, notissimo iure per litis contestationem perpetuetur: facit etiam quod *in d. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei*, ait ICtus, quod interdictum istud excepta legatorum causa sit annale. Illud etiam Cuiac. leve satis est, quod iuxta vulgatam lectionem *d. l. 3. §. pen d. tabul. exhibend.* inepta esset Vlpian. ampliatio *in §. seq.* quod interdictum illud heredi & cæteris successoribus detur, quod de actionibus perpetuis monere supervacuum sit. Etenim non est necesse illud pro ampliatione accipi, sed potest videri positum loco declarationis: quod & alibi factum notat Robert. *d. loc.* & solet non uno loco tradi de pænalibus actionibus in specie, quod dentur heredibus, quod tamen regulare, & excepta actione iniuriarum, & si qua ei similis sit, perpetuum est. Ideoque inhærendum potius responso Vlp. quod præsertim sententiæ Paul. variè hincinde interpolatæ,

polatæ, authenticam non habeant autoritatem. Illa enim conciliandi ratio nulla est, qua utitur *Mindan. d. comment. 8. nu. 60. & seqq.* interdictum de tabulis exhibendis esse quidem annale, sed ex causa post annum reddi posse. Etenim hanc restrictionem nullo modo patitur responsum V*lpian. in d. l. 3. §. pen.* & incidit ea conciliandi ratio in sententiam Cujac. quoniam ita ius est ut interdicta quæ natura sua annalia sunt, ex iusta causa post annum reddantur: veluti de interdicto *quod vi aut clam* quod sua natura annale est, respondit idem *Vlp. in l. semper 15. §. sed si is 5. quod vi. aut clam*, ostenditur autem ex *d. l. 3. §. pen. de. tabulis exhibendis* interdictum illud natura sua & regulariter post annum reddi. Cæterum de interdicto sive remedio ex *canone redintegrandæ*, qnamdiu duret, vide prolixè *Mindan. de interdict. comment. 9.* ubi etiam multis rationibus, sed iis meo iudicio non valde solidis probare conatur, interdicta non eò dici perpetua, quod viginti triginta aut amplius annis durent, sed quod saltem anno non includantur, cæteroquin non longo spatio post annum sint petenda & proponenda: quod præsertim ita res sit in incerto futura: quod à ratione iuris nostri est alienum.

An verò præter illa tria.] Negat Tr. quod præter illa tria genera interdictorum vulgata, sit quartum, videlicet conservandæ possessionis: ex hac ratione, quod etiam qui conservat retinere dicatur. Ex qua ratione hoc quidem efficitur, non esse quidem statuendam quartam speciem, sed & hoc tamē, esse quoddam interdictum conservandæ possessionis. Et nimirum aut nemo mihi de possessione controversiam movet, vel fortassis verbis ita tantum movet, ut in statu suo maneat possessio, & nullum plane interdictum datur: aut verò ita movet, ut possessorem se esse contendat & simul quodammodo se possessorem faciat; & hoc casu constat dari interdictum retinendæ possessionis: quod si quis isto respectu & conservandæ possessionis appellare velit, non pugnaverim. Idque est quod Menoch. ait *in præludio interdictorum retinend. possess. numero 14.* interdictum retinendæ non differre ab interdicto conservandæ possessionis, eoque nomine rectè reprehendit Baldum, qui hanc quartam & separatam interdictorum speciem statuerit.

Illud addo.] Retinendæ possessionis interdicta sua natura & origine esse duplicia, cætera ex accidenti talia fieri posse ait

Treut.

Treut. Et pertinet istud ad explicationem *l. 2. §. ult. h. t.* cuius verba in extremo ita habent: *sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis.* Quæ verba hunc sensum præ se ferunt, quod quædam interdicta sint simul adipiscendæ & recuperandæ possessionis: quomodo quidem ea accepit *Cuiac. 4. obs. 11.* eoque quoniam hoc rationi repugnare videtur, verba, *tam recuperandæ quã adipiscendæ possessionis*, aut *in l. seq.* transferenda, aut omninò expungenda existimat. Verum alio sensu verba illa extrema *d. l. 2. §. ult.* accipi & explicari posse animadvertit *Ant. Fab. 2. coniect. 18.* quem sequitur *Mindan. d. interdict. comment. 7. divis. 16. num. 70. & seqq.* eo scilicet, quem proponit Treut. quod cum interdicta eo sensu duplicia dicantur, quod in iis par utriusque litigatoris conditio, & unus quisque tam rei quam actoris partes sustineat, ut explicat *Iustin. in §. pen. Inst. h. t.* huius quidem generis, ex interdictis prohibitoriis sint interdicta retinendæ regulariter, sed aliquando etiam talia efficiantur interdicta recuperandæ & adipiscendæ: ut & in his aliquando uterq; litigans actoris & rei vices fungatur: veluti si quis deiectus de possessione alterum in continenti iterum deiecerit, *arg. l. 3. §. eum igitur 9. d. vi arm.* vel in causa interdicti Salviani, sic colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, iuxta *l. 1. §. 1. d. Salvian. interdict.* ubi dicitur inter ipsos dominos etiam illud interdictum reddi. Quæ quidem rectè dici videntur, sed eum sensum esse verborum Pauli *in d. l. 2. § ult. h. t.* nisi ea truncata dixeris, nemo facile mihi persuaserit: ita enim se illa habent, *sunt interdicta ut diximus duplicia*: dixerat autem *in princ. l. 2.* duplicia esse interdicta retinendæ possessionis: & proinde verba sequentia, *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*, penitius consideranti, illam explicationem Fabri minimè admittunt: cum præsertim nec aliâs sine vitio indefinitè de interdictis recuperandę aut adipiscendę dici possit, quod in aliquo casu singulari ex accidenti contingit: cum & amplius exempla illa duplicitatis ex *l. 3. §. 9. d. vi arm. & l. 1. §. 1. d. Salvian. interd.* non satis ad probandum quod Ant. Fabr. & Mindan. volunt, accommodata videantur: siquidem *in d. l. 1.* melior est conditio possidentis, neque duo in solidum rem eandem possidere dici possunt: & in specie *d. l. 3.* procul dubio partes actoris sustinebit ille, qui posterius deiectus est. Qua causa & ipse ferè cum Cuiac. sentio, corruptum esse locum *in d. l. 2. § pen.* & putarim ita legendum esse: *reti-*

nenda possessionis sunt interdicta uti possidetis, quæ interdicta sunt, ut diximus duplicia: sequentia autem verba, *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*, locum quo referantur, vix reperiunt. Quod autem mindanus cit. loc. quædam interdicta simul adipiscendæ & recuperandæ possessionis dici posse existimat, non probatur ex eo, quod ille *num.* 85. de cumulatione proponit: quoniam aliud est duas interdictorum species cumulari, aliud unam interdicti speciem pro recuperanda & adipiscenda possessione dari. Et tamen interdictum, *Ne vis fiat &c.* adipiscendæ & recuperandæ possessionis rectè esse dicitur, ut not. *inf. th.* 3. *lit. A.* Illud etiam obiter addo, non videri illum commodissimum ordinem esse trium istorum generum, quem proponit *Mindan. comment.* 7. *num.* 24. ut primus locus tribuatur interdicto retinendæ, quo bene parta tueamur: secundus recuperandæ, quo amissa recuperemus: tertius adipiscendæ, quo iam partis aliquid adiiciamus. Et imò longè rectius sese habet ordo servatus à Menoch. quoniam primum est ut aliquid acquiramus, secundum ut acquisita tueamur, tertium ut amissa recuperemus: quomodo *ICtus in l. ult. d. legib.* ius nostrum ait consistere, aut in acquirendo, aut conservando, aut minuendo: quod posterius ad amissionem & recuperationem pertinet. Illud autem rectè monet ibid. *Mindan. num.* 30. quod distinctio illa trimembris interdictorum longe sit angustior quam ut totum exhauriat divisum.

LIT. G.

Proponitur hac lit. interdictum adipiscendæ, *quorum bonorum*: & primò cui detur, videlicet bonorum possessori, & huic, ut subiicit Treut. tam edictali quam decretali: ad quod intelligendum, repetenda huc est distinctio bonorum possessionis in decretalem & edictalem, eiusque explicatio, ex traditis supra *disput.* 15. *th.* 2. Quod si enim iuxta communem sententiam, edictalem bonorum possessionem intelligas, quæ ut loquuntur Dd. à prætore mortuo datur, & in ipso edicto posita est, nullus potest dari edictalis bonorum possessor, qui hoc interdicto experiatur: eoque necesse est omnes dissentire à Treut. qui vulgatam illam distinguendi rationem probant. Sed quia ea falsa est, ut ostensum *d. th.* 2. consequens est hanc Treut. sententiam esse veram. Quorum bonorum

Ait deinde Tr. dari hoc interdictum etiam heredi ex testamento, [handwritten marginal note, partly illegible]

Quæ verba ambigua ſunt, & aut ſignificant heredem ex teſtamento factum per aditionem, aut ſaltem heredem teſtamento ſcriptum: quæ videtur eſſe Tr. ſententia, quia heredem iſtum bonorum poſſeſſionem coram magiſtratu agnoviſſe proponit, id eſt remedio prætorio uſum bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas admiſiſſe: de quo vix etiam dubitari poteſt, cum ſit heres prætorius, quin directò intendere poſſit hoc interdictum: neque enim quiſquam dixerit, ei ſoli interdictum directum competere, qui non niſi iure prætorio heres eſſe poteſt: quin imò ſufficere debet quoad hoc, quod quis repudiata ratione acquirendi ex iure civili, prætorio iure heres effectus eſt: quod & perſpicuè ſatis probatur ex *leg. 1. in princip quor. bonor.* ibi, *quorum bonorum ex edicto meo illi poſſeßio data eſt &c.* Et proinde videatur falſò à Treut. imputari Dd. ex quibus nullum allegat, quaſi illi hoc cauſa non niſi utile interdictum largiantur: & video non iſtud tractari à Dd. ſed hoc, an etiam heredi ex iure civili interdictum directum detur: quod quidem affirmaſſe olim Iacob. de Arena & Petrum refert *Salicet. ad rubric. Cod. quor. bonor. num.* 2. ſed ipſe rectè contrarium defendit, quoniam prætor edixerit de bonorum poſſeſſore tantum, cui adeò etiam tantum conveniant edicti verba, quod tamen ex mente edicti etiam porrigatur ad heredem iuris civilis. Et ergò hæc ſententia eſt Dd. quod heredi prætorio tantum interdictum directum, ſed heredi civili utile detur: ita *Gloſſ. in l.* 1. *C. quor. bonor. & Bart. ibid. num.* 7 *Salicet. cit. loc.* & commune eſſe ait *Menoch. remed.* 1. *adipiſcend. num.* 33. *quæſt.* 4. ſicut & alia remedia prætoria, veluti bonorum poſſeſſionem contra tabulas, actionem Publicianam &c. iis quoque qui iure civili experiri poſſunt, accommodari conſtat. Cæterum Cuiac. pro diſſ. citatus hoc tradit, quod interdictum hoc heredi prætorio detur non civili: idq; de interdicto directo explicari poſſet, niſi obſtarent ſequentia verba, quod prætor tantum heredes ſuos tueatur: quæ etiam ſententia eſt *Donell. ad tit. Cod. quorum bonor. n.* 3. ubi valde contortè & male videtur accipere verba ultima *l.* 1. *C. eod. ſi te ad hereditatem vel bonorum poſſeßionem admiſſum probaveris.* Mihi autem aliò quam Donell. putat verba ea reſpicere videntur: & nimirum proponitur ibi præteritus qui ſe filium dicebat, quo facto ſi quidem in poteſtate ille fuit, teſtamentum iure civili conſtat eſſe nullum, eique etiam prætorio iure ab inteſtato bono-

bonorum possessionem unde liberi, postquam de nullitate testamenti apparet, dari constat, in quem casum non minus iure civili hereditatem adire potest, imò ipso iure heres existit. Ideoque sic explico *dict. leg.* 1. *Cod. quor. bonor. vers. quamvis*: quod quamvis qui se filium dicit bonorum possessionem agnoverit, ut præteritus, (atque ita bonorum possessionem contra tabulas, quæ liberis etiam suis præteritis datur) tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessorem constitui posse, (id est effectu hoc interdictum intentare quam si se defuncti filium esse, & ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaverit: id est, postquam probato filij iure testamentum constiterit esse nullum, & adeò ipse vel iure civili heres extiterit, vel iure prætorio bonorum possessionem unde liberi, agnoverit. Etenim antequam ius filij probatum est, nuda & sine effectu & re manet possessio bonorum contra tabulas, quæ quodammodo tendere videtur ad fundandam petitionem bonorum possessionis unde liberi, non secus ac bonorum possessio agnita à filio exheredato iuxta *l. 6. & 7. d. inoffic. testam.* tendit ad fundandam querelam: idque est quod notat *Cuiac. in paratitl. C. quor. bonorum*, cessare hoc interdictum ubi bonor. possessio est sine re. Possint etiam dicta verba ultima referri ad duplicem casum filij sui & emancipati, ex quibus ille etiam iure civili, hic tantum iure prætorio succedit. Et hæc videtur explicatio vera *dict. leg.* 1. ex qua tamen, quicquid etiam opinetur Donell. d. loc. non male probari videtur, quod etiam heredi ex iure civili hoc interdictum accommodetur. Gothofredus autem, quem itidem Treut. pro diss. citat verissimè tradit *in l.* 1. *quor. bonor.* quod interdictum hoc directo quidem heredi prætorio, civili autem utile detur. Et adeò falsum est quod Tr. ait, eos omninò negare, & tanto magis quod uterque admittit interdictum sine controversia in herede prætorio, qualis est qui bonorum possessionem agnovit, de quo tractat Tr. Etenim hoc utique liquidum est, bonorum possessionem etiam ex testamento, videlicet secundum tabulas, & hanc etiam iis dari qui iure civili adire possunt hereditatem: nec minus ab intestato iis, quos etiam vocat Lex civilis.

Etiam in quota bonorum instituto.] Quæstio hæc intelligi potest ex iis quæ diximus *supra disp.* 12. *th.* 1. *lit. A.* Et ratio iuris certa hanc suppeditat distinctione; quod aut institutus quis est in

Nnnn 2

parte & quota hereditatis, veluti tertia quarta: & dubio procul habebit hoc interdictum: aut in rebus vel in re certa, & subdistinguitur: quod aut solus scriptus est vel alios itidem ex re certa institutos habet coheredes: & cum hic detrahatur mentio rei certæ, interdicto quoque locus est: aut habet coheredem, simpliciter vel ex parte hereditaria institutum: & cum hic solus heres sit, ille autem pro legatario, *l.* 13. *C. d. hered. instituend.* sequitur interdictum hoc cessare, quod legatario non datur. In filio tamen in re certa instituto, quia hunc pro herede habet Iustin. *Nov.* 115. *c.* 3. & 5. tentari potest, quod ei hoc interdictum accommodetur, pro re persequenda in qua institutus est, per notata *supra. disput.* 12. *lit. A. th.* 1. & *supra part.* 1. *disput.* 13. *th.* 12.

Etiam per subsequens matrimonium legitimato.] Constat interdictum hoc non tantum dari successori ab intestato, sed etiam ex testamento: in quibus terminis prorsus inepta est hæc quæstio, cum nec dubium sit quin filius quocunque modo legitimatus institui possit. In casu autem priori, quæstio eò redit, an legitimatus ab intestato succedere possit: & posse etiam eum qui legitimatus per rescriptum principis est, iure nostro dubium non habet: ut vitiosè hoc tantum de filio per subsequens matrimonium legitimato, perinde ac si in aliis diversum obtineret, proponatur. Plane si ponas liberos incestuosos vel adulterinos à principe per dispensationem legitimatos, nisi princeps ex certa scientia aliud disposuerit, certum est, istos patri succedere non posse, de quo actum supra *part.* 1. *disput.* 2. *th.* 6. *inf.*

Agenti tamen.] Apparet ex cit. *Menoch. num.* 104 *quæst.* 29. hanc esse communissimam sententiam, quod hoc interdicto agens exceptione dominij possit repelli, si modo illud in continenti probari possit: quæ sententia sane ab æquitate commendari videtur, modò non sub hoc prætextu restitutio differatur diutius, & ita vis & potestas huius interdicti cludatur, contra *l ult. C. h. t.* ubi omnibus amputatis frustrationibus res iubentur restitui: neque enim mihi placet ad illum locum explicatio *Cuiac. in paratitl. C. h. t.* quasi Imp. veteres tantum ambages & circuitus intelligeret *argument. l. ult. C. h. t.* quoniam omninò apparet, quod *d. l. ult. C. quor. bonor.* ad restitutionem celerem ex causa huius interdicti faciendam pertineat. Et tamen non videtur frustratio existimanda, si possessor in continenti offerat pro-

rat pro-

rat probationem dominij. Vnde removetur obiectio, quod causæ possessionis & proprietatis non debeant commisceri *l. pen. d. ad q. poss.* quod prius debeat causa possessionis definiri *l. 3. C. h. t. l. 13. C. d. rei vind. l. 2. in f. C. ubi in rem act.* quia ipsa ratio dictat hanc exceptionem. Nisi in continenti dominium probari possit: ad vitandas ambages, quod alias in dolo sit, qui petat quod statim restituere habeat necesse.

LIT. H.

Adversus quemvis detentatorem.] Hoc verbum ita in iure usurpari solet, ut opponatur vero possessori: & tamen contra hunc, etiamsi bonæ fidei possessor sit, hoc interdictum datur: vel quia indistinctè hoc dicitur *in l. 1. quor. bonor.* vel quia ut iam dictum, non nisi exceptione dominij actor repellitur: vel quia datur contra omnem eum qui possidet pro herede. Et hoc vel præcipuè hic monendum erat, hoc interdictum non dari contra possidentem titulo singulari, sed pro herede vel pro possessore *l. 1. quor. bonor. l. 2. C. eod.* & instar scilicet petitionis hereditatis: neque enim aliâs æquum esset, quod constituitur *in l. ult. C. eod.* ut citra omnes ambages restitutio fiat. Vnde explicundum est quod de exceptione dominij dicitur, videlicet non eius quod est ex donatione vel emptione &c. contra hunc enim interdictum non datur: sed ex causa universali, veluti si quis contra utentem hoc interdicto ab intestato, sese, testamento rite facto heredem institutum esse ostendat, quod rectè observavit *Zas. in l. naturaliter 12. §. nihil commune d. ad q. poss. num. 43.* Et ergò non datur nisi contra eum, qui possidet vel pro herede, idq; sive bona sive mala fide, vel pro possessore, idque titulo etiam particulari, sed eo invalido, *argument. l. 13. d. petit. hered.* de quo actum supra *part. 1. disput. 14.* Vt proinde levis momenti videatur ista quæstio, de exceptione dominij, in hoc Interdicto: siquidem eo tantum tenetur, qui tenet pro herede vel pro possessore: hic quidem nunquam potest excipere de dominio: ille autem ut audiatur dum seipsum heredem dicit vel bonorum possessorem ex edicto dicit, summa à ratio suadet.

Etsi dolo posside re desit.] Cum videlicet antea pro possessore vel pro herede possedisset. Illud autem dubium, quod hoc casu etiam directo interdicto locum facit. Etenim illud liquidò constat quod rei vindicatio singularis quæ datur contra eum qui dolo possidere

desit, utilis est, ut ipse tradit Treut. *supr. part. 1. disp. 15. th. 5.* & probat evidens ratio quod actio ista est pro restitutione, & in ea probanda est possessio rei, cuius loco per interpretationem & fictionem dolus esse traditur, ut proinde actioni directæ locus esse non possit. Cum autem hoc in rei vindicatione receptum dicatur ad instar petitionis hereditatis *l. 27. §. 3. d. rei vind.* in qua etiam dolus præteritus venit *l. 25. §. 8. d. petit. hered.* probabile est quod etiam hæc non nisi utiliter detur contra eum qui dolo possidere desit: & consequenter idem affirmabimus de hoc interdicto, cuius in plerisq; eadem quæ petitionis hereditatis, est ratio: idque ut certum & liquidum tradit *Menoch. hic nu. 66.* Neq; obstat, quo solo moveri apparet Tr. quod prætor edicto suo nominatim fecerit mentionem eius, qui dolo desiit possidere *l. 1. h. t. l. 68. in f. pro socio,* quæ autem ex verbis legis actio datur, non utilis sed directa dicenda videtur. Etenim respondeo 1. hoc argumentũ procedere si prætor primus introduxisset hoc cõtra dolo possidere desinentẽ: atenim ille hoc in edicto suo ad similitudinẽ & exemplũ petitionis hereditatis, adeoq; sub eâd. qualitate cõstituisse intelligendus est. 2. tũ dari directã actionẽ & esse q̃ ex ipsis verbis legis vel edicti descẽdit, ubi nõ repugnat natura & ratio, q̃ obstat & impedit, quominus q possidere desiit directa actione tenetur.

Atq pro herede usucepit?

Etiamsi pro possessore vel herede usucepit.] Ampliat quod dixerat, ut teneatur possessor, etiamsi rem usuceperit. Sed illud statim hic in vitio, quod qui pro possessore possidet, & ita sine omni titulo & tanquam prædo, utiq; usucapere non potest: nisi in persona huius verbo usucapionis pro præscriptione 30. annorum Tr. abusum esse quis existimaverit. Sed quòad eum qui pro herede possidet, distinctione & explicatione opus est: quoniam utcunq; adsit bona fides, non est usucapio universitatis per quam quis heres fiat, quo sensu rectè à Dd. pro herede, titulus esse negatur: sed est usucapio rerum singularum, quas heres cum defuncti non essent, tanquam hereditarias, apprehendit & possedit *l. pen.* pro herede, ut explicatum supra *disp. 22.* & supra *part. 1. disp. 14.* Et istud igitur hic quæritur, an qui se heredem putavit ex iusta causa, rem eiusmodi à se usucaptam, interdicto conventus restituere teneatur. Et videtur negandum, ex ratione paulo ante dicta, quod huic interdicto obstet exceptio dominij, quod videlicet in continenti probari possit. Sed animadverso hic respondesi posse, quod ista usucapio prodesse quidẽ debeat

vero heredi adversus priorem dominum singularem, non autem falso heredi contra cũ, qui postea verum se heredem probavit. Etenim cum huic omnia bona hereditaria sint restituenda, & per istam usucapionẽ pro herede, bona aliena in hereditate reperta facta sint hereditaria, ipsa quoq; cũ cæteris erunt restituenda. Neq; enim salva ratione fieri potest, quin imò speciẽ quandã contradictionis implicare videatur, ut qui pronuntiatus est nõ heres, qui totum quicquid hereditariũ est, restituere iubetur, aliquid tanq̃ heres retineat: aliter aũt retineri non potest, ꝙ pro herede usucaptũ & acquisitum est. Et ex his verissimũ puto, ꝙ non obstante hac usucapione res sit restituenda: & ex hoc ipso simul efficitur rectè sentire Tr. dũ verba *l.1.h.t.* si nihil usucaptum esset, referenda censet non ad illum ipsum qui pro herede possedit, quoniam utiq; si usucepisset ipse, in dubio & ipse possideret, proponitur autem *in d.l.1.* eum non possidere: sed ad tertium, qui rem licet mala fide alienatam bona fide à se apprehensam usucepit. Quæ sententia non est Donell. ut mox dicemus, sed est secunda explicatio *Accurs. in d.l.* 1. ubi *dic*, inquid, *usucaptum non ab eo qui convenitur sed à quodam tertio*: quam etiã explicationem magis probare videtur *Salic. ad rubr. C. quor. bonor. n.* 5. quam ẽt suadent sequentia verba *d. l.* 1. *quod quidẽ dolo malo fecisti, ut desineres possidere*: ꝙ videlicet teneatur etiã eius nomine, ꝙ ipso dolo malo alienante ab alio est usucaptum. Et hinc apparet hãc lectionẽ rectius se habere, *quod quidem*, quam illã ab aliis probatã, *quodq;*, vel, *quodve*: quoniã limitationẽ continent, ut tũ demum possessor nomine rerum usucaptarum teneatur, si quid alienaverit dolo malo. Ex quo porrò sequitur non satis probari per *d.l.* 1. quod ipsis verbis edicti, hoc interdictum detur contra eum, qui dolo possidere desiit: quoniam verba loquuntur de causa usucapionis sequutæ, & simul instituti interdicti cõtra eum, qui alias adhuc res possidebat. Porro non obstat hic, quod non videatur quis eius rei nomine teneri, cuius restituendæ facultatem non habet: etenim propter factum dolosum non mutatur natura actionis, & nihilominus res ipsæ in iudiciũ veniũt: ꝙ etiã in petitione hereditatis iuris est *l.* 20. §.12. *&* §.*ult. & l.* 33. *d. petit. here.* Possit plane ita quoq; explicari *d.l.* 1. *quor. bonor.* ut intelligamus ab herede ipso rẽ usucaptã & alienatã fuisse. Cæterũ *Donell. ad tit. C. quor. bon. n.* 6. *& seqq.* hoc quidẽ scribit, interdictũ hoc locũ habere, etiãsi res usucapta sit, sed expresse contra sententiã Tr. ponit

usu-

ponit usucaptum esse ab ipso qui pro herede possidebat, & ita explicat verba *d. l.* 1. *quor. bonor.* non tantū competere interdictum de rebus hereditariis, quæ in eâd. causâ sunt, quæ possidentur à te pro herede prove possessore, sed & de iis quæ hereditariæ quidem fuerunt, nunc autem à te usucaptæ sunt, & adeò à te non amplius pro herede prove possessore, sed pro suo possidentur: eiusque rei subiicit *num.* 7. exemplum: si pater filium mortuum esse falsò putans, alium instituerit heredem, qui iusto errore se heredem esse putans, res hereditarias definito tempore possederit, & ita usuceperit. Et inde *num.* 8. sibi obiicit, quod ei qui ex iusto titulo rem acquisivit, ea non debeat auferri: & respondet, hanc exceptionem usucapionis, esse altioris indaginis, eâque adeò non obstante restitutionem esse faciendam, salva tamen ei qui usucepit pro herede, proprietatis quæstione. Quæ Donell. traditiones falsæ & erroneæ esse videntur: etenim 1. dura nimis illa explicatio verborum *in l.* 1. *quor. bonor. quodq; possideres, si nihil usucaptum esset*: id est quod possideres pro herede vel pro possessore, nunc autem possides pro tuo: (licet istum quoque sensum proponat & magis probet *Menoch. hic num.* 52.) quoniam utique prætor simpliciter de possessione loquitur, cuius essentia ex titulo non variatur, neque titulus post usucapionem mutatur aut tollitur, sed idem qui ante fuit, manet: ut proinde etiam titulum pro herede manere oporteat, licet concurrat cum eo titulus generalis pro suo, qui omnibus aliis titulis cohæret. Deinde falsum esse non dubito, quod pro herede usucapiantur res, quæ re vera defuncti fuerunt: quia imò per usucapionem nemo efficitur heres, sed heres hoc tit. res alienas in hereditate inventas usucapit *l. pen.* pro herede. Et hinc 3. falsum & hoc, ideo non audiri possessorem, quod exceptio sit altioris indaginis, quæ ad petitorium reiiciatur: quod præsertim parum sit profuturum petitori, vincere in possessorio, si postea conventus petitorio res restituere teneatur. Et ita pene futurum sit, ut petitio hereditatis sit temporalis, & quæ iuxta rationem iuris veteris anno vel biennio fuerit exclusa: quoniam hæc quidem actio ratione sumptuum fructum, & pretiorum ex venditione redactorum personalis principaliter dicitur, sed utcunq; nihil tale concurrat, anno vel biennio finitam fuisse nunquam crediderim. Et ergo ita statuenvum est, quod *d. l.* 1. *quor. bonor.* sit explicanda vel de rebus alienis ab herede usucaptis: Vel quod magis est, de usucapione tertij, qui

quam-

quamcunque rem hereditariam ab herede putativo bona fide accepit Ubi tamen dubitare licet, quare prætor dixerit, *si nihil usucaptum esset*: ac non potius, si nihil alienatum esset: siquidem contra eum qui dolo possidere desijt, licet alter non usuceperit, procul dubio interdictum locum habet. Etenim fortassis dici potest, quod prætor ideò casum sequutæ usucapionis expresserit, ut tanto magis & fortius interdictum contra alienantem competere significaret isto casu, quo nulla actio superest contra tertium possessorem qui usucepit. Et possit hoc aliàs suadere, ut *in d. l.* 1. legamus, *quodve dolo, &c.* ut intelligamus teneri eum qui possidet, vel qui dolo possidere desijt, nisi iuxta superius tradita, cætera verba isti explicationi adversarentur.

LIT. I.

Vniversale.] Ut videlicet hoc æstimetur ex iure petentis qui se successorem intendit, vel ex titulo possidentis, potius quam ex ipsa re possessa: quoniam procul dubio etiam qui pro herede rem singularem tenet, hoc interdicto convenietur, velut etiam hereditatis petitio locum habet, si alter etiam rem minimam possideat, ut explicatum supra *part.* 1. *disp.* 14. Ait autem Tr. quod in hoc interdictum veniant omnia, etiam res singulares à defuncto possessæ. Quibus verbis videtur tradi regula & limitatio: & regula quidem, quod etiam contra eum qui res singulares tenet, videlicet titulo pro herede vel pro possessore, hoc interdictum detur: quod licet à quibusdam in dubium vocatum fuisse appareat ex citat. *Menoch. hic quæst.* 20. *n.* 82. verissimum esse non dubito, ad exemplum petitionis hereditatis, tum *per l. ult. quor. bonor.* ubi indistinctè dicuntur teneri corporum possessores: tum quod constat teneri eum qui possidet pro possessore, qui ut plurimum titulus singularis est sed in validus, *l.* 13. *d. petit. hered.* Limitatio est, modò res illæ singulares fuerint à defuncto possessæ, quam sententiam esse Tr. colligitur ex citat. *Menoch. n.* 82. *inf.* Verum cum omnium bonorum possessio ex edicto data sit, & quicquid in patrimonio defuncti fuit *l.* 3. *d. bonor. possess.* non dubitarim, si possessor aliquid ex rebus quas defunctus non possedit, quæ tamen ad ipsum pertinebant, iure hereditario acquisiverit, istud quoque in restitutionem ex hoc interdicto venire.

Etiam iura incorporalia.] Ad hoc probandum adducit Tr. *l.* 1. §. 4. *d. vi arm.* (sed ibi de rebus corporalibus solo cohærendibus tractatur) *&* *l.* 3. §. 13. *&* 14. (sed & ibi agitur de interdicto pro re corporali, quia proponitur fructuarius deiectus de fundo, vel cum ex eo exivisset, non admissus) *&* *l.* 8. §. 5. *inf. si servit. vind.* ex quo probatur quod etiam pro iure servitutis detur interdictū, uti possidetis: unde procul dubio colligit Tr. etiā hoc interdictū pro rebus incorporalibus cōpetere. Sed præterquam quod Salic. notat *in l.* 1. *C. h. t. n.* 1. hoc fieri quatenus videmur in ipso usu prædij turbari, haud scio, annon sit diversa ratio interdictorū retinendæ, & restitutoriorū: incorporalia autē non videntur posse restitui, nisi eo respectu, quod alter eorū usu privatur, quod magis ad petitorium pertinere videtur: eaq; sentētia videtur esse *ICti in l.* 2. *h. t.* ubi ait hoc interdicto tantū teneri rerum corporalium possessores: qui textus male à Tr. citatus, vel maxime ipsum oppugnat, propter particulam taxativam, *tantum*; quæ sane vix dici potest adiecta solum ad excludendos creditores hereditarios: vel quia simpliciter interdictū restringitur ad possessores corporum, vel quia aliorum iurium incorporalium ead. ratio esse videtur. Licet enim aliâs differant præstationes personales & reales, inter quas in simili distinguit *Zuchard. in l. ult. C. d. edict. Hadrian. toll. n.* 357. attamen utræq; sunt iura incorporalia, quæ per oppositionem corporum *in d. l.* 2. excluduntur. Et videtur Menoch. cit. loc. ineptè argumentari ex *d. l.* 2. quod hoc interdictum detur etiam pro servitutibus, quod eas habens utique corporis, videlicet prædij sit possessor. Etenim non difficulter concedam venire res incorporales in consequentiam, quatenus corporalibus cohærent, ut verissimè scribit *Salicet in l.* 1. *C. h. t. n.* 1. quem male pro sua sententia Menoch. citat: quomodo & ICtus *in l.* 10. §. 1. *d. usucap.* servitutes cū prædiis usucapi ait, sed non seorsim. Et hinc tanto magis confirmatur, quod pro incorporalibus per se & separatim consideratis, non detur interdictum, & consequenter contra Tr. nec pro annuis præstationibus quoniā verā & celerē restitutionē, qualis ex causa huius interdicti faciēda est, hæ res nō admittūt.

Dicitur autem ex causa huius interdicti restitui res, non quasi antea nostra fuerit, sed iuridicè sumpto isto verbo, sicut in omnibus vindicationibus, quibus etiam V. C. heres aut legatarius, qui ante possessor non fuit, utitur: idq; est quod Tr. ait lit. K. verbum restitutionis hic sumi abusivè.

LIT.

Hac & seqq. usque ad fin th. agit Tr. de remedio *l. ult. C. d. edict. Hadrian. tollend.* quod affine esse ait interdicto quorum bonorum, quod potestate utriusq; statim quis consequitur possessionem rerum quæ defuncti fuerunt, videlicet rerum singularum & corporum: neq; enim ex eo remedio ius universale, qualis per bonorum possessionem ex edicto prætoris, sed possessio rerum singularium quæ facti est, tribuitur, quod ipsa verba textus satis ostendunt.

Competit autem illud remedium successori ex testamento, non ab intestato: cuius ratio esse videtur, quia testamentum in se ipso habet probationem apertam: successurus autem ab intestato, prius cognationē & ius succedendi probare necesse habet. Et quod *in d. l. ult.* testamenti non cancellati fit mentio, ostenditur requiri testamentum scriptum, neq; sufficere nuncupativum: nisi hoc ità per notarium, ut fieri solet in scripturam fuerit redactum: quam sententiam Dd. communem refert & sequitur *Menoch. n.* 91.

Subiicit porrò Tr. remedium illud etiam dari fideicommissario universali. Et distinguitur, an restitutio fuerit facta nec ne: & cum restitutio fiat vel re ipsa vel verbis *l. facta 63. ad Trebell.* illic quidem hoc remedio opus non est, hic autem admitti poterit, quippe quod post hāc quoq; restitutionem omnes res in bonis fideicommissarij effici dicuntur *d. l. 63.* Et ita statuit *Ias. in l. ult. C. d. edict. Hadriani* & alij quos citant *Zuchard. ibid. n.* 197 *& Menoch remed. 4. adipisc. n. 166. & seqq. usq; ad nu. 192.* Etenim ante restitutionem sibi factam nullum ius habet fideicommissarius in bonis defuncti, sed accipit demum per manum heredis, à quo accipere eum voluit testator: & *in d. l. ult.* nominatim fit mentio scripti heredis, cui etiam ius habenti detrahendi Falcidiam iniuria fieri posset. Sed tam ē *Zuchard. d. loc. n.* 199. etiamsi nec verbis restitutio facta sit, tamen fideicommissarium ex remedio *d. l. ult.* missionem petere posse existimat, 1. per *l. ult. in pr. C. d. codicill.* Respond. ponendos esse terminos habiles, cæteroquin efficietur ex illo loco, quod fideicommissarius etiam bonorum possessionem secundum tabulas petere possit. 2. quia hoc remedium sit favorabile. Respon. nullam esse consequentiam, & ponendos esse terminos habiles, extra quos remedium singulare non est extendendum. 3. quia fideicommissarius ipse sit heres. Respond. hoc esse falsum, & ita aliquando

Oooo 2

dici secundum quid & quidem postquam facta est restitutio, cum præsertim ex *d. l. ult.* appareat agi ibi de vero herede. 4. quia fideicommissarius substitutus sit, huic autem istud remedium dari. Resp. dari substituto directo, & quidem ubi constat ius instituti expirasse, & ad summum cum hoc fideicommissarius post restitutam demum hereditatem potest comparari. Et ineptè Zuchard. fideicommissarium comparat cum herede: quoniam hic ubi vult simplici etiam verbo hereditatem adire potest, & verò, contra quam absurdè putat Zuchard. implorans hoc remedium, adiisse intelligitur, quod si factum non esse constet, procul dubio remedium istud negabitur.

Amplius existimant Dd. etiam restitutione facta non nisi utile remedium dari fideicommissario. Quod itidem commune tradit *Zuchard. num.* 204. sed ipse tamen dissentit, hac unica ratione, quod fideicommissarius hoc remedium habeat ab ipsa lege, non tanquam ab herede in se transmissum. Resp. vel quod aliqua species hic quoque sit transmissionis, vel quod in fideicommissarium ex edicto ipso quoq; transeant actiones, sed utiles tantum, vel quod utcunq; ex lege hoc remedium habeat, magis tamen habeat ex interpretatione quam ex verbis. Neque obstat quod fideicommissario post aditam hereditatem videatur competere ius propria autoritate rem apprehendendi: etenim ut huic effectui locus sit, etiam utile remedium competere sufficiet: vel quod ius apprehendendi pertineat tantum ad res vacuas, & ab alio non possessas. Et quod vulgo traditur, remedio huic etiam esse locum ubi contradictor extat, vel pertinet ad contradictorem non legitimum, qui infirmius ius habet herede, & ad modum procedendi ordinarium: cæteroquin res vacua plane, procul dubio ab herede citra magistratus autoritatem poterit apprehendi. Et utrumque hoc, quod remedium istud non detur fideicommissario nisi facta restitutione, & hic quoque non nisi utiliter, videtur probare Tr. his verbis, *si restitutio verbo tantum facta sit, utile adhuc dabitur*: sed non videtur cum eo conuenire quod statim antecedit, remedium hoc dari, si nec re nec verbo restitutio facta sit, cum præsertim Dd. allegati tantum de restitutione verbis facta loquantur, si quidem qui re ipsa possessionem rerum consequutus est, isto remedio nôn egeat: & tamen ex verbis iam dictis, *si verbo tantum restitutio facta est, utile adhuc*

adhuc dabitur, hanc ſententiam eſſe Tr. colligitur, ſi re & verbo facta ſit reſtitutio, directum hoc remedium competere. Neq; Tr. ad illum caſum reſtringere poſſis, quo poſtmodum poſſeſſio ſemel acquiſita, fuit amiſſa, quo præſertim ceſſare hoc remedium ex communi Dd. ſententia tradit *Menoch.n.* 178. quem vide de hac quæſtione latius diſſerentem *à n.* 166. *uſque ad n.* 192.

Apparet autem hinc quod Zuchard. pro Tr. citatus intelligendus ſit in altera quæſtione an ei competat hoc remedium cui fideicommiſſum codicillis relictum eſt, quod latè ſatis defendit *Zuchard.n.* 207. *& ſeqq.* & ratio probabilis eſt, tum quod ex beneficio legis hoc remedio uti videtur, non tanquam in ſe tranſmiſſum ab herede, qui ab inteſtato ſuccedens hoc remedio uti non poteſt: tum quod codicille licet ab inteſtato facti, de cæteris enim non dubitatur, hactenus inſtar teſtamenti habere videntur, quod ex iis per ſcripturam confectis, cum ſolennibus hodiè requiſitis ex *l. ult.* §. *ult. C.d. codicill.* ſtatim de iure fideicommiſſarij apparet: cæteroquin nec in teſtamentis imperfectis privilegiatis, veluti patris inter liberos, hoc remedium locum haberet, de quo pluribus *Menoch. n.* 192. *& ſeqq.*

Datur & ſubſtituto.] Videlicet qui directò ſubſtitutus eſt, nam de fideicommiſſario iam actum eſt. Et eſt illud iuris certi, & militant omnia requiſita *l. ult. C. d. edict. Hadrian. toll.* ſi videlicet defecerit primo loco inſtitutus. Certum & illud quod ſequitur de patre ubi filius eſt inſtitutus, quoniam pater aut ex perſona filij tãquam legitimus adminiſtrator & uſufructuarius, aut ex propria perſona repudiante filio petit, cum hoc caſu ius adeundi habeat ac ſi ipſe inſtitutus eſſet *l. ult. in pr. C. d. bon. quo liber.* Sicut & quod porrò ſequitur de fiſco, ex eo teſte *Menoch.n.* 299. defendunt Dd. quod poſtquam fiſcus probavit heredem ſcriptum indignum, adeoq; huius ius in ſe translatum eſſe, merito quoque ex eius perſona petit immiſſionem.

Lit. M.

A competente iudice.] Apparet ex *Menoch. n.* 402. hanc eſſe communem opinionem, quod ex cauſa huius remedij immiſſio peti poſſit vel apud iudicem ſub quo bona ſita ſunt, vel apud iudicem domicilij eius qui ſe immitti petit. Verum cum hoc remedium inſtituatur imperſonaliter, & ſimpliciter miſſio petatur, neque ex

persona actoris aliquod sit forum competens, neq; hic super iure petentis plena causæ cognitio instituatur, sed simpliciter ad exhibitionem testamenti, immissio decernatur, verius & rationi iuris convenientius esse putaverim, quod hæc missio tantũ petenda sit apud iudicẽ loci, in quo bona sita sunt, in quæ immitti quis petit.

THESIS II.

LIT. A.

Quod legatorium.] Alterum adipiscendæ interdictum à primus verbis edicti, appellatur, *quod legatorũ*, competens heredi adversus eũ, qui relictũ sibi titulo particulari propria autoritate occupavit *l.* 1. §. 2. *h. t.* quæ ratio adæquata huius interdicti esse videtur, ne ipse sibi ius legatarius dicat sed ab herede rẽ accipiat. Et huic tamẽ rei, quicquid ẽt opinetur Tr. causam dedisse videtur ius heredis propter L. Falcit. ut ex Dd. tradit *Menoch. remed.* 2. *adipisc. post. pr.* ubi ait Falcidiã fuisse causam causantẽ, propter quã hoc interdicto audacia heredis fuerit reprimenda: & idẽ *n.* 112 præcipuã istam huius interdicti causam fuisse docet: ut proinde iniuriã Dd. faciat Tr. quod hi tantũ causam huius interdicti faciant Falcidiæ detractionem. Et sane aliâs vulgari exceptione removeri possit heres petens, ꝙ statim est restituturus: quoniã ꝓpter occupationẽ à se factã legatarius non amittit ius suum, sed post restitutionẽ salva ei manet & integra actio, *l.* 1. §. 2. *h. t.* Et hinc respondit ICtus *in d. l.* 1. §. 5. in donatione mortis causa cessare interdictũ, quoniã aliâs pro consequẽda Falcidia heredi sit consultũ: quamvis fatendũ sit rationem istã solam non sufficere, ꝙ aliâs prorsus inutile esset hoc interdictũ, quandoquidem Falcidia L. ipso iure minuit legata, ut semper vindicatio portionis heredi sit integra, ut tractatũ supra *disp.* 14. *th.* 4. *lit.* H. Et ideò partim huius interdicti causa adscribenda est occupationi legatarij, cum ẽt interesse possit heredis, hanc vel illam partẽ potius, aut etiã aliquando totum retinere arg. eorum quæ traduntur supr. *d. disp.* 14 *th.* 5 *lit.* K. (& potius in cumbere rei quã petitorio experiri) quæ ratio cessat, ubi ex facto ipsius defuncti penes aliquẽ res extat, ex quo principaliter pendet decisio *d. l.* 1. § 5. *h. t.* illud porrò non satis intelligo, quomodo everti possit sententia Dd. qua principalem causam huius interdicti, detractionẽ L. Falc. statuũt, per obiectionẽ Tr. in f. huius lit. *finge*, inquit, *Falcidiæ quidẽ locũ non esse, legatarium*

tamen

tamen ex hereditate are alieno gravata legatum nolente herede occupasse. Etenim quo modo hereditas alieno ære gravata, nec tamen Falcidiæ locus esse possit, nõ animadverto, cũ utiq; potior creditorũ quam legatariorũ ratio sit: neq; Zas. male citatus *in l.* 1. *in pr. h. t.* istud movet aut obijcit, sed extra causam Falcidiæ, quo interdicto huic locus sit, hunc casum proponit, si legatarius, cum ipsi aliquid in genere vel alternativè relictũ esset, speciem certam occupaverit. Sed tamẽ casus iste extra propositum videtur, quoniam legatarius occupat, quod sibi non vel utiq; quod nondũ debetur. Deinde cum duo ex Dd. Tr. proponat, quod causa huius interdicti sit detractio Falcidiæ, & quod à legatario obijci possit exceptio dominij, & utrumq; per rationem subiectam, *in vers. finge enim*, improbare se ostendat, ea tamen ratio contra posterius hoc nihil facere videtur: nisi eatenus, quod proposuit, interpretes eo casu ubi Falcidia cessat, admittere exceptionem dominij, & videtur ista quoq; Dd. sententia satis probabilis: quoniam cum legatarius ipso iure dominus factus, & post restitutam rem actio salva, & heredi quoque per ius vindicandi portionem satis consultum sit, tanto magis ubi constat cessare Falcidiam, legatarius per exceptionem dominij defendendus erit. Eaq; videtur expedita ratio decidendæ quæstionis quam difficilem *Menoch. appellat. n.* 110. an contra heredem hoc interdicto agentem opponi possit exceptio dominij: etenim ubi Falcidiæ locus est, aut prorsus tollendum fuerit interdictum, aut ridiculum sit hic admittere exceptionem dominij, cum propter occupationem propria autoritate factam hoc interdictũ detur contra eum, quem dominum esse heres non negat: quamvis propter Falcidiam rectè in solidum dominus esse negetur. Dominium autem ex alia causa postea superveniens patrocinari non peterit legatario: vel quia possit videri in fraudem heredis novus quæsitus titulus, vel potius quia interdictum fundatur in occupatione non jure facta, propter quam res in pristinum statum restituenda, nec hereditati ad quam rem illam pertinere contendit heres & ex qua legatarius eam occupavit, præiudicium faciendum est: ex quo Interdictum hoc etiam contra tertium possessorem, qui causam habet ab legatario, datur *l.* 1. §. *illud* 13. *qood legat.* quia est in rem scriptum, ut notant Dd. & ex ijs *Menoch. remed.* 2. *adipisc. num.* 27.

LIT.

LIT. B.

Adversus omnem legatarium.] Imò excipiendus videtur ille cui per vindicationem res legata fuit, quam non expectato herede præsumere sibi posse legatarium, scripsit *Caius libr. 2. Inst. tit. 5. d. legat.* §. 1. ex quo loco hoc defendit *Ant. Fab. 6. coniectur.* 1. & confirmat ratio non obscura, quod per illum modum legandi testator hanc ipsam occupandi facultatem legatario concessisse videtur: neque verò dubitant Dd. quin testator hoc facere possit, atq; ita efficere, ut cesset hoc interdictum, siquidem nihil interesse videtur, an rem ipsam tradiderit testator, quo casu cessat interdictum, an propria autoritate eam occupare legatarium permiserit & voluerit: quæ communissima Dd. sententia est, teste *Menoch. hic quæst.* 11. *nu.* 30. ita quidem ut eod. referente *n.* 47. tacitam quoque permissionem admittant, & nominatim Bartol. hoc ista formula legati effici existimat, *Titius istam rem capiat vel accipiat*: quod tamen rectè Menoch. ibid. in dubium vocat, & eo quoque argumento falsum esse convincit, quod in legato præceptionis huic interdicto sit locus *l.* 1. §. 6. *h.t.* de qua re adde notata *supra disp.* 12. *th.* 1. & *disp.* 13. *th ult.* quibus locis etiam aliquid dictum est de sentētia Caij, cui utiq; iure novo exæquatis legatorum formulis locus esse non possit, aut totum istud interdictum abolitum fatendum esset.

Etiam contra eum.] Ait Tr. etiam contra eum dari hoc interdictum, qui officio iudicis possessionem est consequutus. Atquin ipse in thesi eum solum teneri affirmat, qui propria autoritate occupavit rem, cessante autem ratione interdicti, ipsum cessare debet. Animadverto autem ex autoribus & textib. citatis, (*sed l.* 5. *ut in possess. legat.* nihil ad rem facere videtur, & nulla est sub eo titulo *l.* 17.) duplicem à Tr. quæstionē confundi, quoniam duplici modo officio iudicis possessionē quis consequi potest 1. in casu cit. *l.* 1. §. 9. *h.t.* ubi propter contumaciam herede non cavente, quibus sub die vel conditione legatum est, mittuntur in possessionem: verum hi non possessionem rei legatæ, sed vniversarum rerum nudam detentionem & custodiam consequuntur. 2. ubi legatarius implorato nobili officio iudicis, non instituta ordinaria actione, per viam executivam legatum est consequutus. Priori casu res expedita est, quod aut heres non dum cavit, & non potest uti hoc interdicto: aut cavit, & cum hic evanescat decretum

primum,

primum, (quod finem & scopum suum assequutum est, ut tædio custodiæ cautio extorqueatur, *l. 5. in pr. ut in possess. legat.*) si non decedat legatarius, non amplius potest dici possidere, ex edicto sive decreto prætoris, sed perinde habetur, atque si propria autoritate legatum occupatum teneret, ideoque hoc interdicto tenetur, *d. l. 1. §. 9. h. t.* Posteriori casu videtur ex sententia Tr. interdicto itidem locus esse: cuius ratio peti potest ex *l. 1. C. communia d. legat.* ubi Iustin. tres actiones pro consequendo legato proponit, & missionem in possessionem ex hac causa improbat. Et consequenter videtur legatarius per iniuriam implorasse officium judicis, & judex per iniuriam via executivâ possessionem rei legatæ in ipsum contulisse: ut proinde quod per iniquam implorationem & decretum iniquum consequutus est legatarius, ad evitandam huius interdicti potestatem, ipsi non debeat prodesse. Verum admisso etiam hoc, quod via executiva hic procedi non debeat, videtur tamen autoritas magisttatus defendere legatarium, ne vitiosè dicatur apprehendisse possessionem, *arg. l. pen. d. iustit. & iur.* iuxta quam prætor etiam iniquè decernens ius tamen reddere dicitur: & argumento fortiori ex *l. servo. 65. §. cum prætor. 2. ad Trebell.* iuxta quam, etiamsi prætor ambitiosè iusserit restitui hæreditatem, decreto tamen parendum est, propter rerum judicatarum autoritatem. Et igitur ead. autoritas hic defendet legatarium, quantòminus iusta causa est rescindendi prætoris decreti, per quod heres nullo afficitur damno, qui portionem L. Falcid. vindicandi salvam retinet potestatem. Sed & amplius, nulla potest esse evidens iniustitia, si magistratus sufficienter probato legato, citra ordinarium processum protinus rem in legatarium transferat: quin hoc jure & rectè fieri non pauci magnæ autoritatis interpretes affirmant, qui citantur *à Menoch. n. 82. & à Tr. supr. disp. 13. th. ult. lit.* C. Neque multum obstare videtur *l. 1. C. communia d. legat. iuncta l. ult. §. 2. eod. tit.* (& tamen d. l. 1. ita citat Tr. quasi contra ipsius opinionem faceret) quoniam Iustin. ibi non prohibet via executiva succurri legatario, sed veterem rationem improbat mittendi in possessionem, omnium videlicet bonorum, de qua *Paul. 4. sentent. 1. §. ult. & Cuiac. in paratitl. C. communia d. legat. & ad Nov. 39.*

An contra donatarium] De hoc an contra donatarium mor-

tis causa detur hoc interdictum, satis actum est supra *disputat.* 19. *thes. ultim. lit.* B. quo se remittit Tr. Oportet autem hic esse errorem Typographi: quia *Menoch. rem.* 2. *adipisc. n.* 80. *& VVesemb.* non ita putant, quod contra donatarium detur, sed negant: & requirit talem lectionem, quod sequitur, *nec contra eum &c.* Illud autem certum non dari contra eum apud quem res legata tempore mortis sine vitio reperitur: quin idem putaverim si postea sine vitio possessionem fuerit adeptus.

Quando sabeat de aceu Legatarij.

Obiter hic removenda generalis objectio contra illud quod traditur *in l.* 1. §. 2. *hoc tit.* legatario qui rem occupavit, & à quo ea postea per interdictum avocata est, nihilominus salvam manere actionem legati. Etenim videbatur amisisse jus suum *argum.* §. 1. *Instit. vi bonor. rapt. & l. extat* 13 *quod met. caus.* ubi dicitur amittere jus suum, qui quod sibi deberi putat non per judicem reposcit: & in specie per *l. non dubium* 5. *Cod. d. legat.* ex qua denegatur actio legatorum, in his rebus quas de hereditate quis subtraxit. Verum constituendum primò est rem fuisse occupatam sine violentia, in quibus terminis non videtur quis privandus dominio rei suæ *arg. d.* §. 1. *inst. vi bonor. rapt.* 2. nondum fuisse possessam ab herede cum occuparetur: & 3. fuisse occupatam ante aditam hereditatem, ut quidem putat *Ias. in l.* 5. *C. d. legat. & Menoch. hic n.* 7. *&* 8. Sed tamen verius videtur, quod & Zas. tradit *in l.* 1. *in pr. h. t.* idem esse si iam adita hereditate, legatarius rem nondum ab herede possessam apprehendat: neq; de hoc casu loquitur *l.* 5. *C. d. legat.* sed ubi quis clam dolo malo partem legati, cuius possessionem apprehendit heres, subtraxit, quod etiam Accurs. ibid. notat, ubi & ipse quod traditur *in l.* 1. §. 2. *h. t.* de eo casu quoq; accipit, quo post aditam hereditatem rem vacuam legatarius occupavit. Videri aliâs possit *d. l.* 5. non malè referri ad heredem, qui prælegati partem dolo malo subtraxit.

LIT. C.

Ait Treut. hoc interdicto agi, ut vel restituat legatarius rem ipsam vel præstet quod interest. Id autem ambiguum est, quia potest dici hactenus tantum interesse heredis, quatenus ex legato per l. Facid. partem detrahere potest: & tamen proculdubio rem totam tenetur restituere legatarius: nisi quis dixerit, interesse videri heredis hoc ipsum, ut totum restituatur.

Nisi

Nisi non satis datum.] Scilicet ubi satis datione opus est, legatarius eius non præstitæ exceptione heredem hoc interdicto agentem, repellet: cæterum si purum sit legatum & heres statim rationem bonorum iniri & Falcidiæ cupiat, & ad legati præstationem se offerat, proculdubio satisdare non tenebitur.

LIT. D.

Interdictum Salvianum.] Tertium hoc est interdictum adipiscendæ possessionis, cuius autorem Salvium Julianum JC^tum, conditorem perpetui edicti, & cuius mentio in extremo *l. 2. d. orig. iur.* fuisse suspicatur *Cuiac. in paratitl. D. d. Salvian. interd.* à quo dissentit Tr. hic, ex hac ratione, quod hic ipse Julian. *in l. hoc tit* (nam l. 2. est Ulp.) in istud interdictum fuit commentatus: licet fortassis ista consequentia videri possit non esse necessaria: sicut nec ex adverso necessarium est, ut hoc interdictum Salvio Juliano adscribamus, quoniã ut Tr. hic ait, plures Salvij fuerunt, & quidã Salvius ipsum Julianum consuluisse proponitur in *l. 6. d. legat. præst.*

LIT. E. & F.

Datur locatori.] Plurima circa hanc rẽ in controversiam veniunt: & 1. ex parte creditoris, an detur locatori tantum, an etiam alii creditori, & an tantũ locatori prædij rustici, an etiam prædij urbani. 2. ex parte debitoris an detur tantum contra conductorem, an etiam contra alium debitorem, & an tantum contra colonum, an verò etiam adversus inquilinum: & porrò 3. an detur tantum adversus ipsum debitorem, vel etiam alium, videlicet tertium possessorem: & hunc vel simpliciter, vel tum demum si causam habeat à debitore. 4. ratione rerum, an competat pro omnibus obligatis, an tantum pro invectis & illatis: & deniq; 5. an & quibus casibus interdictum compatat vel directum vel utile. Et Tr. quidem tantum admittit hoc interdictum ex causa locationis post *Menoch. remed. 3. adipisc. n. 23.* qua sententia posita cum Accurs. & Donell. in *l. 1. C. d. precar. & Salvian. interdict.* in verbis, *conductorem debitoremve*, particula, *ve*, pro coniũctiva vel explicativa accipienda erit: quod Donell. inde confirmari putat, quoniã intelligendus sit conductor etiamnum debitor, qui nisi debitor esset, interdicto Salviano locus non esset. Verũ ipsa satis conductoris appellatione debitor intelligitur, eoq; contra sententiam Accurs. Menoch. & Donell. existimo sententiam *imp. in d. l. 1.* esse, quod

Interdict. Salvianj quis autor?

Datur locatorj.

etiam contra debitorem non conductorem hoc interdictum detur: quam sententiam suadet pr. l. ubi excluditur casus, quo res à debitore alienata fuit: ut intelligamus hoc interdictum non dari adversus tertium possessorem: cuius rei perspicua ratio est, quod aliàs plane inutilis redderetur actio Serviana, in qua probari oportet rem fuisse in bonis debitoris, sed in Salviano sufficit probare rem simpliciter esse pignori obligatam: quam conditionem merito recusat tertius possessor, qui præsertim rem bona fide tenet: neque ut hic restituere teneatur, sufficere debet, rem pignori obligatam fuisse, sed necessum est rite obligatam, & rem eiusmodi fuisse, quæ jure pignori potuerit obligari. Ipse verò debitor, qui ipse contraxit & ipse rem obligavit, hanc conditionem recusare non potest, quominus probata simplici obligatione pignoris, rem restituat, qui utique citra allegationem turpitudinis propriæ, doli & mendacii, excipere non possit, rem in bonis suis non fuisse: cum præsertim quoad præiudicium debitoris pignus etiam rei alienæ subsistat: cum & amplius nihil interesse videatur debitoris an interdicto Salviano an Serviana actione conveniatur, siquidem ex recepta sententia de qua *supr. disp.* 1. *th.* 8. in hac quoque vincit creditor, si agat contra debitorem, & simpliciter rem sibi obligatam probet. Et ex his concluditur, quod interdictum hoc etiam detur contra alium & quemcuuque debitorem, sed non adversus tertium possessorem iuxta *d. l.* 1. *C. d. Servian. interd.* Sed obiicitur *l.* 1. *in pr. D. eod.* ex qua contra eum quoque, in quem res alienata fuit interdictum hoc datur. Respond. 1. quod iuxta *d. l.* 1. *D. h. t.* contra tertium possessorem tantum detur interdictum utile. 2. contra eum demum possessorem qui causam habet à conductore. 3. ubi ex causa locationis res obligata, & alienata fuit: & denique 4. ubi res fuit alienata, quæ specialiter ex causa illationis & invectionis pignori tenebatur. Ideoque non pugnabit *l.* 1. *C. h. t.* etiamsi & ipsa de interdicto utili accipiatur: quia loquitur de debitore quovis & rebus quibus vis: sed *d. l.* 1. *D. eod.* de tertio possessore in quem translata est tantum ex causa locationis, & quidem res in fundum illata, quæ strictius & fortius pro mercede locationis aut deterioratione obligata videtur: illa enim & falsa & inepta ratio est, quam refert *Menoch. n.* 24. (licet eam non probet,) quod per illationem ipsa possessio

rerum

rerum mobilium creditori quæsita videatur. Et ergo ita statuemus: quod interdictum directum competat ex sola causa locationis rustici prædii contra ipsum conductorem: sed interdictum utile detur ex causa locationis etiam prædii urbani quin ex alia quacunque causa, sed contra debitorem tantum, contra tertium possessorem autem tum demum si causam habeat à conductore, & illius rei, nomine quæ in prædium conductũ invecta illata pignoriq; obligata fuit: verũ contra tertium possessoré qui causam à debitore non habet, vel etiam extra res invectas illatas causam habet, nec directum nec utile interdictum detur: quamvis videri possit ex causa locationis rustici prædii (quippe cuius gratia præcipuè hoc interdictum proditum) etiam contra tertium possessorem causam à colono habentem, interdicto directum esse locum, arg. *l. 1. in pr. d. Salv. Int.* Errat itaque Tr. qui tantum ex causa locationis hoc interdictum admittit; sed idem rectè ad inquilinum etiam porrigit: in quo *Cyn. in l. certi 5. C. locati in f.* interdicto huic locum esse posse negat, ex vitiosa & paulò ante improbata ratione, quod locator ipse res invectas & illatas possideat; ubi etiam inter colonum & inquilinum ineptam adfert differentiæ rationem, quod cum ille habitet ruri in locis quæ mœniis non sunt circumdata, rerum quoque illatarum possessio in locatorem transire non possit. Illud autem Tr. nimis generale & inde finitum, quod interdictum hoc concedatur adversus tertium possessorem, qui causam à conductore habet: quoniam hoc tantum in rebus invectis & illatis verum est? & hic in altero extremo peccat *Hotom. in §. adipisc. 3. vers. interdictum. Inst. d. interdict.* ubi adversus solum colonum hoc interdictum admittit.

Directo verò datur.] Non dubito veram hanc sententiam, quod etiam contra colonum partiarium hoc interdictum directo competat: quoniam licet hic quidam simul socius sit, tamen revera etiam colonus est qui domino fundi, & huic in solidũ domino, tertiam vel dimidiam fructuum partem pro mercede annua præstat: & utique quo ad hanc quæstionem, jus nimirum pignoris nulla inter hunc & alium quemvis colonum differentiæ ratio, dari potest, quod & rectè observat *Cyn. in d. l. 5. C. locati quæst. 7. n. 7.*

Item adversus eum.] Ad instar ampliationis subiicit Tr. quod

hoc interdictum etiam adversus eum detur, qui promissa specie, decem modijs frumenti agrum conduxit. Ubi primò error & Menoch. & Treut. est, quod decem modios frumenti appellant speciem, cum tamen hæc res sit fungibilis, quæ in usu juris speciei opponitur. Deinde mirari licet, quod ita parum attendat Tr. ad ea quæ in priorib. scripsit: nam cum ipse supra *parte* 1. *disp*. 29. *th*. 3. *lit G*. defendat, mercedē locationis in qualibet re fungibili, etiam extra pecuniam numeratā consistere posse, stante hac opinione, ridiculè dubitatur, an interdictum hoc contra eum colonū detur, qui certa quantitate frumenti promissa agrum conduxit, si hic verus colonus, & ista vera & propria conductio est. Sed ex sententia Dd. dubitandi ratio hæc est, quod merces locationis consistit in sola pecunia numerata, cæteroquin induit naturam contractus innominati, ut notatum est *supra d. part*. 1. *disp*. 29. Verum utcunq; quis defendat hoc interdictum dari ex causa locationis tantum, (nam iuxta sententia quam probamus, quod contra quemcunq; detur debitorem, quæstio ista adhuc exiguam habet dubitandi rationem) nihilominus vera videtur sententia Tr. quoniam sola rei qualitas non transmutat totam naturam contractus, neq; efficit, quo minus hæc similitudo maneat, ut loco mercedis res illa sit, in cuius utpote subrogati securitatem invecta pignori obligari debent, & hinc interdicto esse locus.

Non datur contra colonū coloni.] Ait Tr. hoc interdictū non dari cōtra colonum coloni, at benè contra inquilinum inquilini. Qua in re judiciū Tr. mirari licet. Etenim cum interdictū Salvianū detur ad persequēdas res, quæ pro mercede sunt obligatæ ante omnia constituendū est, quomodo res illæ domino locatori obligentur. Ubi cōmunis opinio Dd. est, ꝙ non tantū invecta illata in prædiū urbanum, de quo constat, sed etiam in rusticū, tacito pignori obligentur: quam sententiam defendit Tr. supr. *part*. 1. *disp*. 6. *th*. 3. *lit*. *B*. & *supr*. *hac part*. 2. *disp*. 1. *th*. 4. *lit*. C. Qua opinione posita sequi omninò videtur, quod etiam illata à colono coloni, teneantur primo locatori, sicut huic tenentur res inquilini secundi *l*. 11. §. 5. *d*. *pign*. *act*. atq; ita cōmunissime statuere Dd. tradit *Menoch*. *q*. 11. *n*. 99. cum quibus quoniā in illo sentit Tr. duob. locis, etiā in hoc sentire debebat, videlicet interdictū hoc dari etiam contra colonū coloni, quippe cuius res invectæ & illatæ primo locatori tacitè essent obligatæ. Sed nimi-

nimirum Tr. parum hic memor fuit opinionis suæ, dum hic inter prædia urbana & rustica cum Menoch. Conan. Carond. & aliis à se hic ex Menoch. citatis, differentiã ad mittit. Sed illa gravior & Tr. & ipsius Menochij oscitãtia videtur, quod ita disputãt, quasi hoc interdictum tantum pro rebus tacitè obligatis sit introductũ, quod procul dubio falsum, & non minus pro rebus expresse obligatis huic interdicto locum esse minimè dubitari debet. Quin imò cum Tr. ex causa locationis rustici prædii vel maximè & tantũ, interdictum hoc directum admittat, & cum Menochio invecta & illata in prædium rusticũ citra expressam conventionẽ pignori obligari neget, sequitur quod vel maximè pro rebus expresse obligatis cõpetat hoc interdictũ. Et ita sanè disertè scribit *Iusti. in* § 3. *inf. Inst. d. interdict.* interdictũ Salvianũ dari pro rebus coloni quas is pro mercedib. fundi pignori futuras pepigisset. Et utiq; si colonus secũdus res quasdã expresse obligaverit pignori locatori primo, nemo dubitaverit, quin pro earũ possessione cõsequẽda hoc interdicto agi possit. Et itaq; dicendũ erat, quod in rebus tacitè obligatis interdictum hoc tantum haberet locum contra inquilinum inquilini. De principali autem quæstione, an invecta illata in prædium rusticum tacitè obligentur, actum est supra *d. disp.* 1. *th.* 4. *lit.* C.

Lit. G.

Ad possessionem.] Interdictum Salvianum datur pro consequenda possessione rerũ pignori obligatarũ. Ex quo infert Tr. dari etiam contra minorem, cum bona eius pro pensione obligentur. Ubi particula Cum aut significat, quando, & jeiuna quæstio est, siquidẽ ex hypothesi obligationis pignoratitiæ, necessario infertur ad interdictũ Salvia. aut usurpatur causaliter pro, quia, & quæstio dubia est, an bona minoris pro pensione tacitè obligentur. Et hoc adeò affirmabit Tr. tum quia non dicit, *cum obligantur*, sed, *cum obligentur*: tum quia Menochiũ improbat qui *n.* 82. probat negantem opinionẽ, & statuit minoris bona tacitè non censeri obligata: quæ sententia verissima est & confirmata supra *d. disp.* 1. *th.* 4. Et inepta est Tr. ratio *ex l.* 101. *d. V. O.* vel quia explicatio illius textus dubia est, & opinio cõmunior, ꝙ minor sine curatore nõ obligetur: vel potius, quoniã ab obligatione ad rerũ oppignorationẽ nulla cõsequẽtia est: cæteroquin efficeretur, ꝙ minor simpliciter etiã extra casũ illationis bona sua possit oppignorare, ꝙ certo jure falsum est: quo ad pignus aut illatorum hac ratione dubitãdi quidã

moventur, quod hypotheca ista videatur esse legalis, per quam utcunque minor aliàs bona sua pignori obligati non possit, in hoc tamen casu pignus tacitum constituatur: ut notatum supra *d. disp.* 1. & apparet ex cit. Menoch. *n.* 63. *quæst* 8. ubi sententiæ affirmantis fundamenta proponit, quorum dissolutionem ad iam citatum locum remitto. Amplius autem ex eo quod Tr. adducit *d. l.* 101. *d. V. O.* colligitur eum admittere pignus tacitum, etiamsi minor sine consensu curatoris bona intulerit: atquin ostendimus supra etiamsi accesserit cònsensus curatoris, extra ea bona tamen, quæ iuxta novam constitutionem *in l.* 22. *C. d. administrat. tutor.* sine decreto alienari possunt, non contrahi pignoris obligationem. Ex quibus de iudicio Tr. hac in re coniecturam cuivis facere licet.

Cur introductum hoc interdictum.

Item hinc intelligitur.] Quæstio hæc vulgò movetur ab interpretibus, cui bono introductum fuerit interdictum hoc, cum sufficere possit actio Serviana. Et huius rei ratio, quomodo ex præmissis colligi possit, non satis apparet: sed vulgata responsio est, quam attigimus *lit.* E *in pr.* quod interdictum Salvian. sit expeditius, (Tr. pinguius appellat) quia sufficit in eo, ut Tr. ait, probare possessionem debitoris, id est, quod tempore instituti interdicti possideat, & quod res pignori fuerit obligata: in Serviana antem necessum est probari, rem tempore obligationis fuisse in bonis debitoris: ut proinde Serviana videatur esse, instar cuiusdam petitorii, Salvianum autem possessorium est, quo experiri commodius est, iuxta consilium ICti *in l.* 24. *d. rei vind.*

LIT. H.

Ait Tr. interdictum hoc dari ad possessionem rerum consequendam, modò ita invectæ sint, ut ibi maneant. Ubi iterum hoc vitium est paulò ante notatum: quoniam hoc interdictum non tantum pro rebus illatis, sed pro quibuscunque aliis, expressim pignori obligatis datur, §. 3. *in fi. Inst. d. interdict.* & illud porrò in vitio est, quod mox de inquilino tantum subiicit, cum extra dubium etiam pro rebus obligatis & à colono inductis, hoc interdictum detur *l.* 1. *in pr. D. h. t.*

Quod ad merces illatas attinet, ita jus est, ut si inquilinus sit mercator, obligentur, non singulæ merces in specie, quæ inferuntur, ut vendi non possint, sed quasi in genere, dum aliæ in alia-

aliarum locum subrogantur, ita ut effectu illæ tantum pignori teneantur, & pro iis persequendis interdictum detur, quæ tempore istius instituendi penes debitorem extant, eoque quasi pignoris nomine percludi cœperunt *arg. l. pen. in quib. caus. pign. tacit.* idque confirmat citata à Tr. *l. cum tabernam* 34. *d. pignor.* & rectissimè hoc explicat & limitat *Menoch. n.* 127. *inf.* ubi etiam in præcedendib. *n.* 25. & 26. rectè docet, si quis non mercator nec tabernam habens, aliquid venale intulerit, istud prorsus non obligari pignori, quoniam sc. non illatum est ut ibi maneat. In eo quod sequitur, *unde rectè explicat Menoch.* videtur aliquid deficere, siquidem nihil proponitur, quod explicet Menoch. nisi fortè legendum est, ut rectè explicat Menoch. videlicet hanc rem de mercium obligatione.

Imo amplius.] Amplius ait Tr. etiamsi locator sibi prospexerit specialiter de obligatione certarum rerum, tamen si postea in conductum prædium illatæ sint res aliæ, hoc interdictum dari: Ubi iterum Tr. errat errorem iam sæpius notatum; quoniam constat, quod etiam extra res invectas & illatas, pro aliis rebus pignori obligatis hoc interdictum detur. Illud autem controvertitur, an si creditor expresso pignore speciali sibi prospexerit, nihilominus invecta & illata taciè sint obligata. Quod magis negare videtur *Salicet. in l.* 5. *C. locati. Cyn. ibid. quæst.* 6. *n.* 6. ex hac ratione, quod provisio hominis tollat provisionem legis: Cui tamen benè respondet *Menoch. n.* 154. Sed ista quæstio alterius est loci. Ita autem dicere debebat Tr. quod hoc casu etiam & nihilominus pro invectis quoque & illatis hoc interdictum detur. Et lapsus Tr. tanto est manifestior, quod ipse in præcedendib. cum Menoch. negat in prædium rusticum inducta citra expressam conventionem obligari.

Non tamen dabitur.] Negat dari pro re aliena nisi veri domini dolus accesserit. Sed aut ego valde fallor, aut lapsus hic est *Menoch. quæst.* 14. *n.* 108. quem sequitur Tr. etenim cum hic agatur contra ipsum debitorem, qui rem obligavit, utique non poterit hic exceptionem obiicere rei alienæ & propriæ quodammodo turpitudinis, iuxta notat. *supr. h. th. lit.* E. Et quæ citato loco disputat Menoch. videntur omninò pertinere, tum ad actionem Servianam ubi agitur contra tertium possessorem, tum ubi interve-

nit dominus, in cuius præiudicium, utcunq; omnia bona fide gesta sint, nihil fieri potest. Ideoq; simpliciter statuendum crediderim, interdictum hoc simpliciter locum habere contra debitorem, utcunq; res aliena mala etiam fide fuerit obligata: sed non contra tertium, multoq; minus contra dominum: quæ quæstiones à Tr. & Menoch. confusæ videntur, vel hoc argumento, quod de scientia & dissimulatione malitiosa domini disputant: sed hæc alterius sunt loci.

Non datur pro possessione instrumentorum.

Sicut nec pro possessione instrumentorum.] Rectè negat Tr. hoc interdictum dari pro possessione instrumentorum quibus debitorū nomina continentur. Et ratio peremtoria est, quia per illationem (de hac n. specie pignoris agit Tr.) instrumentum non censetur pignori obligatum. Ratio rationis est, quoniam licet instrumentum ratione materiæ sit in eo loco, attamen nomen debitoris, cuius probatio saltem instrumento continetur, in loco eo non est. Unde legatis iis quæ in domo sunt, huiusmodi instrumenta & nomina debitorum non continentur, ut notatum supra *disp.* 13. *d. legat. th.* 4. *lit. E.* eaq; ratione utitur *Cyn. in l.* 5. *C. locati q.* 5. *n.* 5.

THESIS III.

LIT. A.

Retinendae possessionis.

Recte removet ab hoc interdicto ne vis fiat.

Interdicta retinendæ] Removet ab his interdictum, *ne vis fiat ei &c.* hac ratione, quod missio ex primo decreto, de qua istud interdictum loquitur, non tribuat possessionem l. 3. §. *ult. d. acq. poss.* quæ olim ratio fuit Dyni relata & probata *à Bart. in l.* 1. *inf. pr. ne vis fiat ei &c.* ubi ait quod hoc interdictum nec sit adipiscendæ nec retinendæ nec recuperandæ possessionis. Et tamen verbo generalius & latius sumto, etiam detentionem creditorum in possessionem missorum appellari non absurde possessionem, ostendimus supr. disp. 21. quæ sententia tanto facilius hic admittenda videtur, quod aliàs per interdicta tantum temporariam & ferè momentaneam acquirimus possessionem, & interdictum de superficiebus etiam datur conductori, qui tamen non possidet, ut *nec th. seq. lit. G.* Item interdictum recuperandæ, ubi quis vi armata deiectus est, datur itidem nudo detentatori, ut *not. in f. th.* 5. *lit. A.* Quin & considerandum, annon fortassis hoc interdictum detur ei, qui secundo decreto possidere iussus est ex causa damni infecti *arg. l. ult.*

ne vis

ne vis fiat ei. Sed illud etiam hic notandum, quod hoc interdictum magis videatur esse adipiscendæ possessionis, quoniam ei qui non admissus fuit datur *l. 1. & 3. in pr. h. t. ne vis fiat ei*, quin & idem recuperandæ possessionis rectè dici potest, quippe cum & illo casu locum habeat, quo quis de possessione fuit depulsus *l. 1 §. 3. d. tit.* eritq; adeò hic exemplum interdicti, quod idem sit & adipiscendæ & recuperandæ possessionis de quo quæsitum est *thes.* 1. *lit* F. *in fin.* Planè si quis non deiectus vel depulsus sit, sed in possessione vel detentione sua inquietetur, poterit hoc interdictum etiam esse retinendæ: quoniam ut est *in l. 1. §. 1. ne vis fiat ei.* prætor omninò vult tueri illos, quos in possessionem misit. Neq; obstat quod sint interdicta propria pro retinenda & recuperanda possessione comparata: vel quia possunt duo interdicta concurrere, vel quia prætor proprio interdicto hunc in possessionem missum defendere voluit, vel quia interdicta illa dantur pro possessione vera & propria, & quidem rerum singularum, illud autem possessione non propria, & rerum universarum, quoniam decretum prætoris tribuit jus apprehendendi omnes res, quæ sunt debitoris, ut apparet ex oratione Cicer. pro Quintio, facit *l. quamvis 13. d reb. autor. iudic.*

Et datur hoc interdictum non tantum contra debitorem, sed quemcunq;, qui creditorem missum excludit, turbat aut depellit: ut in possessione esse liceat, vel quanti interest præstetur. in quod nominatim actio in factum prodita est *l. 1. ne vis fiat ei*, ut hic tradit Tr. quod autem addit de actione hac, an sit pœnalis pura an mixta, & si præstiterit tertius, pœnam, an liberetnr debitor, de eo actum est *disp. præced. th. 2. lit.* E. ubi idem proposuit Tr.

LIT. B.

Duo præcipua sunt interdicta retinendæ, *uti possidetis & utrubi*, quæ quantum ad possessionem attinet exæquata ait Tr. sed fortassis rectius dixisset, exæquata esse quoad rationem probandi & obtinendi, ut hoc explicat *Iustin. in §. 4. Inst. d. interdict.* quod scil. in utroque is vincat, qui probat se possidere eo tempore quo interdictum utrumq; redditur, vel ad rationē hodierni processus, postquam in locum interdictorū actiones extraordinariæ subrogatæ sunt, qui probat possessionem tempore litis contestatæ vel accepti judicij: rectè enim Cuiac. ex ratione juris antiqui *in*

paratitlis Cod. uti poßidetis diſtinguit tempus interdicti redditi, & tempus litis conteſtatæ, ſuper actione quæ ex cauſa interdicti dabatur: quo proceſſu ſublato, cum hodie recta actio introducatur *l. ult. C. d. interdict.* rectè dixit Juſtin. hodie ſpectari tempus litis conteſtatæ. Cæterum verba *Ulp. in l.* 1. *utrubi*; *dum inquietatur*, tum ad tempus redditi interdicti, idque iuxta mentem Ulp. tum iuxta proceſſum hodiernum & mentem Juſtin. ad litis conteſtationem referri poſſunt: eaque in re non videtur probandus Cuiac. quid. loc. iis verbis litis conteſtationem ſignificari, ideoque à Tribon. ea adiecta exiſtimat. Illud autem non negat Cuiac. in quo tamen pro diſſ. eum citat Tr. quod hodie quantum ad poſſeſſionem, ut loquitur Tr. iſta interdicta ſint exæquata. Et hinc facilè decidi poteſt quæſtio quam movet *Menoch. remed.* 2. *retinend. n.* 3. *& ſeqq.* an hac in re una tantum facta fuerit exæquatio, an duæ. Etenim duæ quidem ſunt exæquationes, quoniam primo receptum fuit ut is utroque tempore vinceret, qui tempore interdicti redditi poſſidet, 2. ut in utroque vinceret, qui tempore litis conteſtatæ poſſidet. Verum poſterius hoc non factum eſt nova quadam conſtitutione aut per veram mutationem, ſed neceſſario conſequutum eſt mutationem veteris proceſſus, quoniam per ſubrogationem tempus litis conteſtatæ, in tempus interdicti redditi ſucceſſit: eaque conſideratione, revera unica tantum exæquatio eſt: quoniam quod olim erat tempus redditi interdicti, poſtea factum eſt tempus litis conteſtatæ. Neque particula hodie *in d.* §. 4. *Inſt. d. interd.* ſignificat aliquid à Juſtin. mutatum eſſe, ſed refertur ad tempus anterius vel initio introducti edicti, vel ſublati poſtea moris reddendi interdictum, *iuxta l. ult. C. d. interdict.*

Utrubi.

Vtrubi hoc eſt.] Verbum utrubi explicat Tr. ut ſignificet. *utro in loco*: & id quidem ita explicat, non *Cuiac.* 5. *obſerv.* 22. ſed *Alciat.* 10. *parerg.* 7. & ex eo *Menoch. n.* 7. Utcunque autem hoc verbum alibi ita explicetur, & eò videri poſſit reſpexiſſe prætor, quod res mobiles facilè de loco in locum transferri poſſint: attamen ex adverſo rectius fortaſſe dicatur, iſtam explicationem hic non convenire, quippe quod nihil ad hoc interdictum faciat locus: quoniam ubicunque V. C. ſervus poſſeſſus fuerit vel poſſeſſus dicatur, hoc interdictum locum habet. Et verior meo judicio eſt ſenten-

ſententia *Accurſ. in l.* I. *D. utrubi & Saliceti ad rubric.* C. *uti poßidetis* quod prætor hoc verbo, *utrubi* reſpexerit ad duas perſonas poſſeſſionem ſibi aſſerentes, & nihil aliud ſignificet, quam *apud. quem*: quamvis mihi non placeat, quod illi in ſpecie *ubi*, pro, *apud*, &, *utrum*, pro, *quem*, interpretantur: utcunq; veritatem rei ipſius expreſſiſſe videatur.

Poſt iam dictam explicationem propoſitam, ſubiicit Tr. *rerum & mobilium propria eſt poſſeßio.* Ubi nulla connexio eſt: ſed rectè hac in re à Menoch. reprehenditur Accurſ. qui *in d. l.* I. *utrubi* res mobiles verè poſſideri negat, de quo actum *ſupra diſp.* 21.

LIT. C.

Quæ directo dantur.] Addit in exegeſi, quod utiliter etiam dentur pro juribus & rebus incorporalibus. Et cum igitur in theſi hoc tantum dicat Tr. quod directò dantur contra legitimè poſſidentem, verbum poſſeſſionis in ſignificatu potentiori erit accipiendum, pro poſſeſſione propria: cæteroquin nulla eſſet cohærentia & oppoſitio, quia etiam rerum incorporalium, licet non propria, legitima tamen eſt poſſeſſio.

LIT. D. & E.

Legitimè poßidenti.] Verbum, *legitimè*, ambiguum eſt: quoniam & ei hoc interdictum datur qui vi clàm aut precario poſſidet, modo non ita ab ipſo adverſario poſſideat *l.* I. *in pr. uti poßidet.* §. 4. *Inſt. d. interdict.* & ipſe Tr. hac lit. tradit. Quod de naturaliter aut civiliter poſſidente ſubiicit, explicandum eſt ex traditis ſupra *diſp.* 21. *th.* I. quoniam cum naturalis poſſeſſio variè accipiatur, & alicubi nuda etiam detentio ita appelletur, utique tamen nudo detentatori hoc interdictum non datur, ut Tr. rectè tradit lit. E. *poſt. Menoch. remed.* 3. *retinendæ n.* 46. eademque eſt ſententia *Ioh. Fabri in* §. *retinendæ* 4. *Inſt. d. interd. n.* 3. quem Tr. malè allegavit pro diſſ. deceptus ex eo, quod Menoch. diverſæ opinionis rationes ab eo referri ait. Et probatur hæc opinio ex *l.* 3. §. *creditores* 8. *uti poßidetis*, ubi negatur interdictum iis, qui in poſſeſſione ſunt rei ſervandæ cauſa, ex eo quod non poſſideant, (ex quo refutatur ſententia *VVeſemb. in parat. uti poſſ. n.* 5. ubi etiam ei qui ſuo nomine, non alieno detinet, hoc interdictum dari defendit) itemque per *l.* I. §. *deiicitur.* 9. *d. vi arm.* ubi colono negatur interdictum illud, non alia ratione, niſi quod non poſſideat, quod ex oppoſitione

illius textus apparet: textus ad hoc elegans & perspicuus *in l. officium. 9. vers. quidam. d. rei vind.* ubi possessio quæ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi, opponitur variis speciebus nudæ detentionis. Sed obiicitur huic sententiæ: si nudo detentatori datur interdictum unde vi, etiam dandũ ei erit interdictum uti possidetis: quoniam utrumque interdictum possessorium est: atqui verum prius: ergo & posterius. Assumtum probatur tum ex æquitatis ratione tum ex *l. 8. & l. 18. inf. d. vi arm.* Respondetur, tum quod non sufficiat nuda æquitatis ratio, deficiente fundamento, quod est possessio, tum quod *in d. l. 8.* ei quidem detur interdictum, qui non est dominus, sed qui tamen potest esse verus possessor: tum quod *in d. l. 18.* agatur de colono, qui emtorem venientem exclusit: adeoque cœpit habere animum intervertendi possessionem domini, adeoque sibi possidendi. Deinde obijcitur, quod hoc interdictum detur ei qui precario rem tenet arg. *l. 1. §. si tibi. n. 11. d. itin. actuq; privat.* Resp. vel quod hoc ex eo loco non probetur, vel quod speciale sit, ubi possessio consistit in solo usu, vel quod precario rogans possideat, ut tractatum supr. disp. 21. Deniq; obijcitur quod superficiario detur interdictum possessorium *l. 1. §. 2. d. superficieb.* Resp. vel quod non sit interdictum, *uti possidetis*, sed ad exemplum eius introductum, vel potius quod quidam superficiarius sit possessor, siquidem ei qui ad tempus non modicum superficiem conduxit, etiam in rem actio datur *l. 1. §. 3. d. superfic.*

LIT. F. & G.

Adversus quovis modo.] Duæ sunt in exegesi ampliationes: 1. quod interdictum hoc etiam detur contra eum, qui judicialiter turbat, cum nimirum quis asserit se solum possessorem esse. Cum aũt hoc judicialiter fieri non possit, nisi instituto hoc interdicto, in effectu hæc quæstio erit, an interdictum uti possidetis detur cõtra eum, qui cum antea non turbasset, hoc interdicto experitur. Quod extra omne dubiũ esse videtur, siquidẽ hoc interdicto agẽs sibi asserit possessionẽ, quam alter meritò cõtra sibi asserit, ex quo interdictu istud duplex appellatur. Nescio autẽ cur requirat, ut aliter se solum possidere dicat: quia imò si aliquis etiam pro parte sibi asserat possessionem, quam alius in solidum se possidere solum contendit, locus erit interdicto. Plane nullius effectus erit illa judicia-

dicialis turbatio, si agens nullos possessorios actus probare possit. Altera ampliatio est, si quis etiam verbis tantum turbet, modo, ut adiicit Tr. per istam turbationem possessio alterius impediatur. Et quidē sub hac qualitate vera procul dubio est ampliatio, sed dubitari potest, an huiusmodi effectus turbationi verbali tribui possit: neq; id probatur ex cit. *l. 11. de vi a. m.* quæ loquitur de factis, non de nudis verbis, quæ efficere nō possunt, quo minus possessio maneat in suo statu & cum *in d. l.* 11. agatur de interdicto recuperandæ, nemo deiici verbis de possessione potest. Sed nimirum ita res habet, ut si nihil hic sint nisi verba, interdictum hoc cesset, cum non conveniant hic verba prætoris *in l. 1. in pr. uti possidetis*: quod si verò sint minæ atrociores profectæ à potentiori, qui eas exequi solet & potest, & per quos quis V. C. fundum suum colere, aut propter metum minarum idoneos homines per quos fundus colatur reperire non possit, interdicto huic locus esse potest, quod bene explicat *VVesemb. in paratitl. uti possidetis n.* 5. Varios autem modos turbandi vide apud *Menoch. q. 62. n.* 467.

LIT. H. I. & R.

Constat interdicta hæc esse duplicia & prohibitoria § *pen. Inst. d. interdict.* quibus prætor prohibet vim fieri, quo minus quisq; libere possideat: ideoq; in actione extraordinaria quæ hodie cōpetit, hoc ipsum petitur, ut reus desistat à turbatione, & iuxta receptum stylum caveat de non turbando imposterum: quod posterius tamē jure nostro non sancitum in f. lit. I. ait Tr. eamq; quæstionem tractat *Menoch. remed. 3. retinendæ, q. 95. n.* 811. an reus de non turbando satis dare vel cavere teneatur. Et testatur id affirmari *à Bart. & Vltramontanis*, per *l. un. Cod. uti possidetis & l. pen. de aqua quotidiana.* Sed quod attinet *ad d. l. un.* recte respondetur ab iis quos citat *Menoch. Barone lib. 6. manual.* 17. *Cuiac. ad Paul. 1. senten. 11. Robert. 3. sent. 21.* quod ibi agatur de cautione præstanda non à victo sed à possessore, ne res ante judicium petitorium corrumpatur, vel deterior fiat, ad quem modū si non caveatur, possessio in adversarium transfertur. Sed quod *ad l. pen. d. aqua quot.* apparet, distinguendum est inter res, de quibus & de quarum possessione tractatur. Etenim si actum fuerit de jure incorporali veluti servitute, merito ab eo qui succubuit cautio exigitur: quoniam harum rerum possessio in solo usu consistit, qui facile & per quodcunq; impedimentū turbari potest:

quod

quod secus est in rebus corporalibus, de quibus, & interdicto quidem directo hac thesi se acturum Tr. professus est lit. C. Et facit huc quod traditur *in l. 7. si servit. vendicet.* præstandam esse aut rem aut cautionem. Ex quo notandum quod aliquando etiam in judicio de rebus incorporalibus, cautio necessaria non sit, sed sufficiat præstare rem: veluti si quæstio sit de tigno immittendo vel stillicidio habendo. Unde porrò concludere licet, quandoque etiam in rebus corporalibus opus esse cautione, videlicet ubi res ipsa perfecte præstari non potest: veluti si agatur de possessione alicuius latifundij, in quo quis turbetur, alio colligente fructus, demetente messes, abducente colonos, in quibus terminis ratio suadet, ut ex causa hujus interdicti ei qui succubuit, cautio imponatur. Quæ limitatio ad Tr. & Menoch. videtur addenda. Atque ita fiet condemnatio, si alter vicerit & scilicet, ut Tr. lit. R. tradit, ex parte sua possessionem, ex parte adversarii turbationem probaverit.

LIT. L.

Distinguit quoad modum probandi, inter jus civile & Canon. & illo vincere ait, qui tempore turbationis & litis contestatæ possidet Licet enim *Iustin. in* §. 4. *Inst. d. interdict.* tantum meminerit temporis litis contestatæ, tamen utique necessum etiam est eum qui hoc interdictum implorat, antea quoque habuisse possessionem, in qua potuerit turbari. Jure autem Canon eum vincere affirmat, qui habet possessionem antiquiorem. Quæ oppositio si ita accipiatur, quasi hoc casu qui antiquiorem possessionem probat, eum non necesse sit possedisse tempore litis contestatæ, vitiosa & meritò ista sententia falsa videri possit, in hac quidem materia, ubi citra possessionem non potest fundari hoc interdictum. An autem dejecto detur hoc interdictum, tractatur th. 5. Neque verò de hujusmodi casu agitur in *cap. licet. causam d. probat.* sed ibi pontifex pro ecclesia possidente & inquietata, pronuntiat contra adversarios, qui temerè & vitiosè possidere cœperant. Et fortassis ita non tantum jure Canon. sed etiam civili obtinet: ut si quidem uni adiudicanda est possessio, ex duobus, qui possessionem æqualiter tempore litis contestatæ probaverunt, potior sit, qui tempore longiori possessionem habuit, quippe quod hinc præsumatur, eum ab altero prius turbatum in posses-

possessione fuisse. Cæterum casus varios à Tr. hic propositos, gradatim & pluribus explicat *Menoch. num.* 714. ex quibus postremus, ubi omnia sunt paria, præcipuè dubium habet, quidnam eo casu iudici sit faciendum, eaque in re varias opiniones Dd. refert *Schneidevv. in §. retinend. Inst. interdict. num.* 89. *& seqq. Menoch. d. loc. nu.* 793 *vers. decimus tertius.* Treut. autem tanquam rem expediturus, pro eo pronuntiandum esse statuit, qui tempore sententiæ ferendæ possidet. Atquin etiam hoc tempore omnia paria esse possunt, & si ante paria fuerunt, etiam tum in dubio talia erunt: cum nec commodè videatur hic casus poni, quo alter possessionem amisit post litem contestatam, quod nec factum præsumi potest, cum omnia manere debeant in suo statu, nec si qua intervenit ex altera parte violentia adversario debeat patrocinari: neque aut textus à Tr. citati, aut autores allegari Schneidew. & Wesemb. vel minimum istam Tr. sententiam confirmant: sed interpretes communiter dissentiunt, velut ipse Tr. eos citat *in vers. dissentiunt variè*: eo enim istud pertinet, non ad proximè præcedens, quod de iure Saxon. dixerat.

THESIS IV.

LIT. A.

Vtiliter datur.] Hactenus de interdicto directo, sequitur de utili, quod ait dari iis, qui in quasi possessione rerum incorporalium turbantur: & hoc exemplo illustrat fructuarij, qui, ut ipse ait, verè non possidet, sed quasi, hoc est, iuris sui tuendi causa: quæ verba, *iuris sui tuendi causa* videntur referri ad illud quod in thesi dixerat de quasi possessione iuris: & tamen cum illud ipsum ius possideat, parum subtiliter dici videtur: nisi forte hæc Tr. sententia est, quod rem ipsam quidem etiam quodammodo possideat, sed tantum iuris sui tuendi gratia, hactenus ut ea uti frui possit. Ex quo tamen non protinus effeceris, quod ea non sit vera possessio: quoniam eiusmodi ius esse possit, ut propter illud veram quis ipsius rei habeat possessionem. Cæterum ius utendi fruendi quasi possideri constat: an autem rem ipsam possideat, actum est supra disp. 21. Ideoque dubitari potest, quo respectu id interdictum fructuario detur. Et Tr. non obscurè propter quasi possessionem iuris utile ipsi

competere statuit: idque probatur ex *l. ult. uti possidetis*, ibi, *si usufructus quis sibi defendat possessionem*: sed pereunt. textum probari videtur, etiam respectu ipsius rei interdictum dari, ibi, *si alter possessionem sibi defendat*, cui possessioni mox opponitur possessio ususfructus. Et tamen hoc etiam admisso defendi potest utiliter tantum interdictum dari: ut videlicet hoc modo competat non tantum propter qualitatem rei, sed etiam propter qualitatẽ istius possessionis. Et tamen cum parũ absit, quin fructuarius etiam rẽ ipsam possidere dicẽdus sit, per textus adductos *d. disp.* 21. possit fortassis defendi cũ Dd. improbatis hic à Tr. directo interdicto esse locũ.

Modo suo non alieno nomine quasi possideat.] Sicut enim rerum corporalium quædam est possessio suo, quædam alieno nomine, ita & rerum incorporalium eiusmodi quasi possessio esse potest: & sicut illic cessat interdictum directum quia alieno nomine possidere, est non possidere, ita hic cessabit utile.

Emphyteuta ... (manuscript marginal note)

Vt emphyteutæ.] Alterum hoc est exemplum ex sententia Tr. eius, cui propter quasi possessionem juris utile interdictum datur. Quod ut admittam, si forte quis alius se emphyteutam asserat, & alterum emphyteutam esse neget, & ita in possessione juris emphyteutici turbet: ita non dubito quin emphyteuta contra quemcunque à quo in possessione turbatur interdicto directo experiri possit: quoniam iuxta tradita *disput.* 21. emphyteuta verè civiliter & solus possidet. Idemq; est in vasallo, licet fere communius Dd. possessionem civilem penes dominum directũ manere existimẽt: quãvis hoc etiã admisso, naturalis tamen possessio sola vasalli sufficiat, ut ipsi interdictum directum dandũ sit, quod *& Menoch. notat quæst.* 9. *n.* 81. Per vasallum autem vasalli, puto à Tr. intelligi subinfeudatũ, feudatariũ videlicet secundum, quẽ feudatarius primus fecit, ut loquitur *Bart. in l. un. C. uti possidetis n.* 10. in ea videlicet ipsa re quam ab alio accepit: cæteroquin nulla futura esset dubitatio.

Non etiam colono.] Ut pro jure interdictum hoc utile detur, oportet esse ius in re, & eiusmodi, pro quo etiam actio in rem intentari possit, veluti ius utendi fruendi, aut alterius servitutis realis: cuiusmodi ius cum colonus non habeat, meritò ei hoc interdictũ negatur: rem autẽ ipsam ab eo non possideri constat. Vitiosè autẽ Tr. hac in re cum colono & inquilino coniungit creditorem, in quem ex causa pignoris res translata est; quoniam ut satis probatum

tum supr. *disp.*21. hic veram possessionem habet, propter quam turbatam interdicto etiam directo experietur. Rursus male cum hoc coniungit eos, qui ex primo decreto missi sunt in possessionem: quoniam diversa hac in re pignoris prætorij & conventionalis ratio est, & hi posidere negantur *l.* 3. § *ult. d. acq. poss* & hinc removentur ab hoc interdicto *l.* 3. §. *creditores.* 8. *uti possidetis.*

Sicut nec heredi.] Negat hoc interdictum heredi, si defunctus in sua possessione fuerit turbatus. Particula autem, *sicut*, otiosa est, & alias quoq; quæstio hæc non pertinet ad hunc locũ ubi agitur de interdicto utili. Cæterũ citatus *Sebast. Medices d. amitt. poss. n.* 226. vulgatũ illud tradit, ꝙ possessio non transeat in heredẽ, nisi statuto ita fuerit cautũ de quo actum supr. *disp.* 12. *th.* 2. *lit. E. & disp.* 21. *th.* 2. *lit. G.* Utcunq; autem possessio & interdictum in heredẽ non transeant, utique tamen actio in factum, quæ ex causa interdicti datur, cuius meminit Tr. lit. C. in heredẽ transibit. Sed plenius regulã & limitationes à Tr. hic propositas, excutiamus. Regula hæc est, ꝙ heredi non detur hoc interdictũ, ubi defunctus in possessione sua turbatus: ex hac ratione, quod possessio non transeat in heredẽ. Limitationes subijcit quatuor. 1. nisi ex statuto possessio ipso jure transeat in heredem. Ex quo consequi videtur, si heres apprehenderit possessionem, ei quoq; interdictũ dari, quoniam non plus transferet statutum, quã actualis apprehensio heredis. Et scilicet ponendi sunt termini habiles, ut possessio aut vigore statuti transire, aut apprehendi possit, ubi scilicet possessio insolidũ ulteri non est acquisita: ꝙ accidit, ubi defunctus possessionem tanquam suam sibi defendere, itaq; transmittere vel eam heres apprehendere potuit: ut proinde nullius effectus hæc limitatio esse videatur, nisi ut heres in terminis statuti etiam nondum apprehensa possessione interdictũ hoc intentare possit. Et videtur paulo obscurior ratio aut non satis concludens, quã adducit *Menoch. quæst.* 6. *n.* 57. quod extra terminos statuti alia sit possessio defuncti, alia heredis: quoniam licet ex statuto nõ apprehensam possessionẽ habeat heres, attamẽ ead. possessio esse non videtur q̃ defunctus habuit, neq; tã ab hoc transmissa, quam nova potestate statuti introducta. Sed videtur Menochij & aliorũ hæc esse sententia, quod propter autoritatem statuti possessio nunquam finita fuisse, sed statim à morte defuncti in herede quoque extitisse intelligatur, adiuvante fictione juris civilis,

an heres defuncti b. P. agere poss.

ſecundum quam heres, quandocunque adeat, retro à tempore mortis heres extitiſſe intelligatur: ut proinde heres propter turbationem defuncto illatam debeat experiri poſſe. Altera limitatio eſt, ſi dolus fuerit commiſſus: quem caſum ita explicat *Menoch. d. quæſt. 6. num.* 61. ſi turbator propter hoc ipſum occiderit turbatum, ne hic experiri poſſet interdicto, atque ita ille poſſeſsionem in ſolidum conſequeretur; & hanc reddit rationem, quod propter dolum eius heres habeatur pro poſſeſſore. Quæ & ratio & ſententia pro qua unum allegat Bald. non immeritò ſuſpecta videri poſsit: quoniam hoc quidem legimus, quod dolus ſit pro poſſeſsione in eo qui dolum commiſit: ſed non ut alius pro poſſeſſore hebeatur: quamvis aliâs ſententia iſta nitatur æquitate. Tertia limitatio litis cæptæ, iuris eſt non incerti, maxime poſtquam hodie in locum interdictorum introductæ ſunt actiones: conſtat autem etiam actiones merè pœnales lite conteſtata in heredes rei, & actionem iniuriarum in heredes actoris continuari. Quarta limitatio eſt, quam itidem tradit *Menoch. num.* 63. ſi turbatio facta ſit iacente hereditate. Sed animadvertendum, quod cur hoc interdictum non detur heredi, ubi defunctus turbatus fuit, non alia ratio dari poſsit, niſi quod interdictum eſt mere poſſeſſorium, & fundatur in turbatione, quam prætendere non poteſt heres, qui nunquam poſſeſſor fuit, quæ ratio in iſto quoque caſu quo turbatio hereditate iacente fuit, militare omninò videtur: ſiquidem heres non poteſt videri turbatus, qui tum nondum actu heres fuit. Et fictio illa, qua heres retro à morte defuncti heres fuiſſe fingitur, ad continuationem dominij non etiam poſſeſsionis pertinet. Nihil etiam facit quod iacente hereditate impletur uſucapio *l. capta.* 40. *d. uſucap.* quoniam hoc ſingulari caſu receptum eſt, ut hereditas pro poſſeſſore habeatur: cæteroquin res hereditarias eo tempore non poſsideri conſtat. Et igitur aut iacente hereditate poſſeſſio plane ab altero occupata eſt, & utendum erit remedijs ordinarijs quæ prodita ſunt contra invaſores: aut non plane, & heredi ius erit apprehédendi & aſſerendi ſibi poſſeſsionem, eoque facto, porrò ſi ſequatur turbatio, huic interdicto locus erit. Video plane adduci à Menoch. *l. denique* 13. §. *quæſitum.* 5. *quod vi aut clam*, ex qua interdictum datur heredi, ſi quid iacente hereditate vi aut clam factum ſit. Sed videtur alia ratio eſſe interdicti quod vi aut clam, quod ob factum & opus

perdu-

perdurans, & ad illud tollendum datur, magiſque in rem conceptum eſt, ſi quid vi aut clam factum ſit: quod etiam iacente hereditate verè fieri dicitur: neque adeò neceſſum videtur, ut hoc interdicto acturus eo tempore quo opus factum eſt, ſe poſſeſſorem fuiſſe probet: cum ex *d. l.* 13. §. 5. appareat, magis in dominij quam poſſeſſionis iure iſtud interdictum fundari: quoniam hanc rationem dubitandi reddit ICtus, quod eo tempore res in nullius fuerit dominio.

An ſequeſtro dabitur.] Ut ex ipſis à Tr. citatis autoribus apparet, quæſtio in eo poſita eſt, an ſequeſter poſſideat, de qua ſatis actum ſupra *part.* 1. *diſp.* 26. *th.* 9. *& part.* 2. *diſp.* 21. *th.* 4.

Illud non dubito.] Ait ſe non dubitare, quin miſſo in poſſeſſionem ex ſecundo decreto ſi turbetur, hoc interdictum etiam directo detur, & citat Menoch. qui variè hoc extendat & reſtringat. Verum Menoch. *quæſt.* 26. *num.* 163. in genere tractat de miſſione in poſſeſſionem, tum ex primo tum ex ſecundo decreto, & ex cauſa actionis tum perſonalis tum realis: quamvis in eo peccet, quod quæſtionem generalem format de ea miſſione quæ conſtituit pignus prætorium, quod tamen tantum eſt ex primo decreto. Et illud initio conſtat, quod ex primo decreto miſſi verè non poſſideant, nec adeò hoc interdicto utantur *l.* 3. §. 8. *uti poßidetis.* Ex cauſa damni infecti miſſi ex ſecundo decreto etiam dominium prætorium conſequantnr, ut oſtenſum ſupra *diſp.*18 *th.*6. ut ineptum ſit dubitare, an his detur interdictum. Ex cæteris cauſis ſecundum decretum ius poſſidendi vendendi tribuit, eoque huic interdicto locus erit, maxime ſi alicui ex creditoribus rem in ſolutum datam fuiſſe præſupponas. Ex cauſa actionis in rem ob contumaciam rei in rem petitam miſſus, an utatur hoc interdicto, ex eo dependet, an poſſeſſionem conſequatur qui ita miſſus eſt, ex quo etiam iſtius quæſtionis deciſionem petendam eſſe cenſet *Menoch. nu.* 28. de quo actum *ſupra diſp.* 18. *th.* 6. *& diſp. præced. th. &* 3. poſt annum autem, ſive per lapſum ſolius temporis ſive per novum decretum fiat poſſeſſor, qua de re citatis locis actum, utique hoc interdictum habebit.

LIT. B.

Rerum incorporalium.] Eodem tamen pertinet, quod lit. A. pro- An ſi Rerum incorporalium. Xc.

posuit de usufructu, pro cuius quasi possessione tuenda hoc interdictum utiliter datur. Aliud autem exemplum hic subijcit his verbis: *ita datur domino castri, qui in quasi possessione jurisdictionis illius castri & servitijs praestandis turbatur, idque indistinctè, sive de adscriptitiis glebae turbantibus sive de aliis proponatur*: hactenus Treut. Obscurius etiam *Menoch. quaest.* 14. *num.* 115. istud proponere videtur, & proinde ex citatis *Bart. & Salicet. & Ioh Fabr.* hoc explicandum erit. Et *Bart. in l.* 1. *utì possidetis num.* 5. quaero, inquit, habeo ius recipiendi servitia in quosdam homines meos adscriptitios, vasallos vel similes, utrum si turber, habeat locum interdictum: & respondet quod in adscriptitijs habeat locum directum, in caeteris utile interdictum. Salicet. *in. l. un.* C *uti possidetis col.* 4. *vers iuxta qua n.* 7. *inf.* quaero, inquit, si turbor in jurisdictione, q̃ habeo in certos homines: & itidem distinguit inter adscriptitios & liberos homines. *Iohan. Fabr. in* §. *retinenda* 4. *Inst. d. interdict. n.* 6. si homines mei turbentur in possessionibus quas tenent à me, & de quib. solvunt mihi reditum vel pensioné, advertendũ esse ait, an sint homines ascriptitij, an homines liberi. Ex quibus apparet, hanc quaestionem tractari non de adscriptitijs vel colonis turbantibus, ut Treut. loquitur, sed de tertio, qui servitia aut pensiones ab hominibus illis sibi deberi asserit, & ita dominum turbat: nam & illo casu nulla esset ratio qua moveatur Bart. Salicet. & Menoch. ut concedant interdictum directum, quod adscriptitij eodem jure censeantur, quo ipsi fundi quibus adscripti sunt: & iste est casus, *cap. licet causam d. probat.* in quo communitas Faventina exegit servitia, quae sibi deberi contendebat Ecclesia Ravennae. Et tamen etiam ita posito casu rectius defendi puto contra Bart. & Menoch. quod non nisi utili interdicto sit locus: vel quia non de hominibus ipsis directo, sed de servitijs agitur, quorum utiq; respectu non possunt tanquam pars fundi considerari: vel quia comparatio eorum cum fundis, tantum est secundum quid, ut videlicet cum ijs transeant, iuxta *l.* 7. *C. d. agricol. & censit.* Potest aliàs & hoc quaeri, si adscriptitius vel alius liber homo servitia se debere, adeoque adscriptitium aut colonum se esse neget, an huic interdicto utili sit locus. Et possit quidem videri quasi status quaedam haec esse quaestio: sed quia hic quoque dominus in quasi possessione juris percipiendi servitia, turbatur, interdictum hoc competere respondet *Iohann. Fabr. d. loc.* ubi & alte-

alterum casum, quo tertius turbat, amplius distinguit, an ita turbet ut sibi ea servitia deberi velit, & procul dubio interdicto locus est: an verò ius illud, quod ille qui servitia præstat aut pensiones, ab alio habet, sibi asserat, veluti si se emphiteutam esse contendat: & hoc casu non dubium est quin ipse emphyteuta hoc interdicto rectè experiatur: sed tamen & ipsi domino, cuius causa hinc deterior fieri possit, interdictum dandum esse censet *Iohan. Fabr. in d. §. 4. Inst. d. interdict.*

Datur etiam subditis vasallis.] Iis scilicet ut Treut. ait qui à domino in quasi possessione libertatis turbantur, dum videlicet dominus plura ab ipsis, quam forte debent, exigit: aliâs non rectè concepta esset quæstio de subditis vasallis, si eos vasallos se negare ponamus: licet hoc demum casu verius dicatur competere pro tuenda possessione libertatis. An autem veniæ impetratione opus habeant vasalli, alterius loci quæstio est.

Illud omnibus placuit.] Omnibus placuisse ait, quod hoc interdictum detur possessori servitutis continuæ, quæ sententia etiam probatur ex *l. 8. §. 5. inf. si servit vindic.* Atque ita Dd. vulgatam distinctionem inter servitutes continuas & discontinuas, etiam huc accommodant: quod vel apparet ex paulò antè citatis *Bart. in l. 1. uti possidet. num. 6. Salicet. in l. un. C. eod. num. 7.* ubi sententiæ ab ipsis propositæ, quod hoc interdictum competat ei qui turbatur in jure recipiendi servitia, hoc obijciunt, quod istud ius sit discontinuum, ideoq; non possit esse locus interdicto: & ipsi respondent, utcunq; perceptio discontinua sit, tamen possessionem continuam esse, quippe quæ animo acquiratur & retineatur: cum autem servitutes reales debeantur à re rei, non posse servitutum consequenter discontinuam possessionem retineri animo, qui nullus sit in re. Quæ, si rectè quis attendat, frivola videri possint: quoniam utcunque servitutem ponas continuam, in prædio tamen ipso nulla possessio est: & servitutes istæ reales & à re rei dicuntur deberi, quia ad utilitatem prædiorum referuntur & prædia comitantur: eoque verum est, quod etiam possessio servitutis discontinuæ animo acquiratur & retineatur, & ea ob id rectè continua appelletur, quod & notatum supra *p. 1. disput. 17. th. 9. in quæst.*

in quæst. d. usucap. servit. unde etiam pro servitutibus discontinuis hoc interdictum reddi posse efficietur, si quidem vix ratio idonea diversitatis, inter eiusmodi servitutem, & jurisdictionem vel ius exigendi servitia dari posse videatur, Obiicitur hic, quod hic sint specialia interdicta, de itinere actuque privato, de fonte, de rivis, de aqua quotid. &c. quæ frustra introduxisset prætor, si interdictum hoc locum habuisset. Sed ex adverso non apparet ratio differentiæ inter servitutes continuas & discontinuas. Etenim utcunque harum concedamus non esse possessionem continuam, utique tamen earum possessio est arg. *l. 4. d. servit.* in qua, videlicet in usu si quis turbetur, ratio non apparet, cur cessare debeat hoc interdictum, siquidem illud in servitutib. continuis admittimus. Et apparet vix habere Dd. quo confugiant, nisi quod pro servitutibus discontinuis specialia interdicta sint prodita: qua ratione utitur *Menoch. num.* 109. quod non soleat lex sub ministrare remedia, nisi in casu necessitatis: & ex eod. fundamento idem *Menoch. quæst.* 19. *num.* 138. pro servitute pascendi hoc interdictum concedit, quoniam speciali & proprio interdicto ei non sit consultum cui servitus debetur. Sed illa semper quæstio superest, cum ratio huius interdicti etiam locum habeat in servitutib. discontinuis, quæ causa moverit prætorem, ut multa specialia interdicta proponeret: nisi fortassis quis ista tempore priora, post autem generaliter interdictum uti possidetis, introductum suspicetur: aut fortassis prætor specialiter de quibusdam servitutibus interdicere voluit, ut plenius hic & certius consuleret, & requisita certa defineret: & cum edixisset de via publica, etiam de via privata, interdictum proponendum sibi duxit. Cæterum possit quis existimare, non aliâs pro servitutibus competere interdictum uti possidetis, nisi quatenus simul quodammodo in usu ipsius prædij quis turbatur, & ita quatenus servitutes cohærent prædio: quemadmodum *Salicet. in l. 1. C. quor. bonor.* illud interdictum, *quorum bonor.* etiam pro servitutibus competere statuit, quatenus cohærent prædio, & cum eo sunt restituendæ. Ista autem consideratio ferè in servitutibus urbanis tantum, quæ eædem continuæ sunt, invenit locum. Denique nec absurdè quis putaverit, interdicta duo concurrere posse, ut alterutro quis experiatur. Et hinc apparet, male à Treut. in genere dici, quod pro servitutibus discontinuis recurratur ad interdictum de

itinere

itineri actuque privato: quoniam huic locus esse non potest pro defendēda servitute, aquæ haustus, aquæ ductus, pecoris ad aquam appulsus, iuris pascendi, calcis coquendi, arenæ fodiendæ &c. pro quibus omnibus cum specialia interdicta prætor non proposuerit, & nominatim *Menoch. supr. cit. loc.* pro iure pascendi interdictum uti possidetis admittat, tanto magis apparet, inter servitutes continuas & discontinuas, solidam hac in re differentiam dari non posse, eoque nullam esse diversitatis rationem, quæ à Bart. & Salicet. supra citatis loc. allegatur.

Item cessionario iuris incorporalis.] Varios circa cessionarium casus distinguit *Menoch. quæst.* 35. *num.* 258. *& seqq.* ex quibus certus ille videtur, si cessionarius agat nomine cedentis, quia videlicet concludit huius nomine. Ubi autem cessionarius nomine proprio experiri velit, an sit cessionarius iuris incorporalis, in cuius quasi possessione alter turbatus fuit, an verò turbatio facta sit in re corporali. Et illo casu quem tantum proponit Treut. hunc cessionarium interdicto experiri posse affirmat Menoch. & autoritate Nattæ & Sylvani, quos Tr. male accepto Menoch. pro diss. citat, confirmat: quod scilicet per cessionem omne hic ius abeat à cedente, & transeat in cessionarium, cum nec alia ratio sit transferendæ in his rebus possessionis, quam ut alter alterum permittat uti. Quam sententiam ita admittam, si cessionarius & ipse utendo apprehenderit quasi possessionem: quoniam cum hoc interdictum in possessione fundetur, non potest quis suo nomine hoc interdictum intentare, qui possessionem non habet. Hoc autem casu rectè statuit Menoch. cessionario non posse dari interdictum, nisi legitimis & jure proditis modis apprehenderit possessionem.

LIT. C.

Obiici autem agentibus.] Exceptiones vel possunt esse communes, veluti pacti transactionis: vel propriæ, ex natura interdicti desumptæ, quod alter non possideat, vel quod nulla turbatio præcesserit. Et Treut. qui varias exceptiones obiici posse ait, unius tantum exceptionis meminit, præscriptionis videlicet annalis: de quo aliquid dictum supra *th.* 1. *lit.* F. an & quatenus hoc interdictum sit annum, ex *Menoch. quæst.* 85. *num.* 706. Plane si ex edicto

prætoris hoc remedium annuum esse dicamus, paulò impropriè dicemus hanc exceptionem: sed magis propriè, quod post annum ipso iure nulla supersit actio.

LIT. D.

Exceptio dominij non habet locum.

Exceptio dominij non habet locum.] Ratio vera & solida videtur, quoniam hoc interdictum est de retinenda possessione, quam qui probavit, in ea defendi, nec ea spoliari nec à domino quidem debet: quæ sane spoliatio, & ita delictum, admitteretur, si turbantem in hoc iudicio possessorio audiremus dominium allegantem, & ita alteri possessionem adimeremus, ipsique necessitatem disputandi super petitorio imponeremus. Et consequenter contra quam putat Treud. idem statuendum erit, etiamsi per sententiam in petitorio latam turbans dominium suum probare velit: quoniam post sententiam alter de novo potuit adeptus esse possessionem, in qua probata defendendus est: nisi sententia Tr. restringatur ad casum quo agitur super turbatione ante sententiam facta: hic enim ratio suadet sententiam obstare quæ postea in petitorio lata fuit, & cuius vigore res ipsa victori est restituenda: quæ distinctio fuit Ripæ, relata & probata à *Menoch quæst.* 80.*n.*690. *add.* *Zas. in l.*12, §.*nihil commune d. adq. poss. num.* 44.

LIT. E.

Imponitur perpetuum silentium.

Ait 1. per sententiam in hoc interdicto imponi perpetuum silentium: quod ex ratione iuris nostri impropriè dici videtur: quoniam cum hoc interdictum non detur contra eum qui verbis tantum utitur ut notatum *th. præced. lit.* F. etiam ei qui succumbit, non silentium, ut à verbis, sed ut à factis abstineat est imponendum: licet ita loquatur Pontifex *in cap. licet caussam in f. d. probat.* Deinde ait quod iudex etiam non requisitus tale silentium alteri imponere possit. Et *Menoch. quæst.*102.*n.*136. hanc rationem dubitandi movere videtur, quod iudex non perpetuum sed tantum simpliciter silentium imponere debeat. Quod tamen repugnat tum *d. c. licet causam*, tum quod Tr. in thesi ex hoc interdicto ita pronuntiari tradit, ut perpetuum silentium imponatur. Quamvis aliâs ut-

eunq;

cunq; iudex expresse perpetuum silentium non indixerit, satis tamen intelligatur rebus ita stantibus, in perpetuum turbare prohibitus, qui amplius turbare prohibitus est. Plane quod inest naturæ huius interdicti, illud procul dubio rectè iudex facit, utcunq; fortassis actor simpliciter instituta actione super turbatione tantum fuerit conquestus: nam ita in genere tradunt Dd. quod in libello non requiratur expressa petitio condemnationis, sed sufficiat ex verbis æquipollentibus, imò ex ipsa narratione actoris mentem intelligi posse; veluti si dicat se conqueri de Titio cui mutuavit decem, neque ea restituit, ut notat *Schneidevv. in §. omnium. Inst. d. action. num.* 119. *post Ias. ibid. num.* 133. ubi ait sufficere, quod ex narratione possit colligi & inferri conclusio. 3. ait Tr. sententiam in hoc interdicto latam, esse definitivam. Et possit videri sententia interloquutoria, si consideremus iudicium sequens, quod reliquum est, & videlicet, quæstionem proprietatis; quoniam possessorium judicium habet relationem ad petitorium, quod post illud finitum solet institui, unde frequenter in sententia lata super possessorio, petitorium reservari solet: sicut & ob hanc causam quibusdam interdicta putantur ita appellata, quasi interim dicta. Idque tanto verisimilius est, quoniam apud eundem iudicem causa possessionis & proprietatis propter causæ continentiam est terminanda iuxta *l. nulli.* 10. *Codic. d. iudiciis. l. ordinarii* 13. *Cod. d. rei vind. l.* 3. *C. d. interdict.* ita quidem ut uno eodemque iudicio videatur utraque controversia decidi iuxta *d. l.* 10. *Cod. d iudic.* Accedit quod interdictum retinendæ est præparatorium rei vindicationis, ut docet *Iustin. in §. retinendæ* 4. *in princ. Inst. d. interdict.* ut ita finis possessorij sit principium petitori. Quæ sententiam in hoc interdicto latam arguunt esse interloquutoriam, cum præsertim iuxta hodiernam praxin petitorium & possessorium cumulari possint. Sed ex adverso definitivam sententiam esse probatur, quod utique separatum istud est judicium, quod in forma actionis extraordinariæ instituitur, ut apparet ex *princ. Inst. d. interdict. l. ult. C. eod. & rubric. D. eod.* Neque obstat quod aliud iudicium sequitur: vel quia hoc necessarium non est, vel quia nihilominus judicia revera separata sunt: unde *in dict. leg.* 13. *C d. rei vind.* dicitur, *tunc. demum*: & in *l.* 3. *C d. interdict.* prius decidi causam possessionis, & quidem actionib. competentibus: sed & actio

ad exhibendum, præparatoria, & re vera tamen separata actio est; & possunt actiones cumulari, veluti merè pœnalis & persequutoria, quæ omninò inter se diversæ sunt. Cæterum Imp. *in l.* 10. *C. d. iudic.* impropriè loquitur, dum quod apud eundem iudicem fit, eodem iudicio fieri affirmare videtur. Et plane cum judicium possessorium per se consistat, non nisi sententia definitiva esse potest. Limitationem autem addit Tr. nisi incidenter tractaretur causa possessionis: quæ limitatio, licet etiam proponatur *à Menoch. num.* 842. parum tamen subtilis esse videtur: quoniam ubi incidenter venit possessionis causa, non potest dici sententia ex hoc interdicto lata, quam demum Tr in th. definitivam esse pronuntiat.

Imò appellari posse.] Pro ratione hoc ipsum quod iam diximus adduci potest, hanc sententiam esse definitivam, quoniam ab interloquutoria jure nostro regulariter non appellatur. Verum utcunque negetur appellandi ius, non tamen propterea efficietur, ut sententia sit interloquutoria: quoniam propositio, quod ab interloquutoria non appelletur, non est convertibilis, & possunt aliæ & propriæ rationes esse, propter quas appellatio non sit permissa: & in his terminis, quod interdicta celerem habere debent expeditionem, & quod tantum agitur de interesse temporario, imò et ratione iuris nostri ferè momentaneo: qua de re, & an à sententia in possessorio lata appellare liceat, agitur ex professo infra *disput. ult. th.* 5. *lit. G.* Illud obiter addo, distinctionem istam, quam ex Dd. Treut. hic proponit & probat, ut appellatio admittatur & locum habeat quoad effectum devolutivum, non executionis suspensivum, ex ratione juris nostri videri falsam: quoniam certissimum & in jure nostro principium est, quod appellatio natura sua, habeat effectum suspendendi, imò interim extinguendi judicatum, *l.* 1. §. *ult. ad Turpill.* eoque qui suspendi sententiam negat, hoc ipso ex ratione iuris nostri nullam esse appellationem, affirmare habeat necesse: excepta sola causa momenti, ex *l. unic. Codic. si de mom. possess.*

LIT. F.

Huc pertinet hodie.] Ordinatione *Cameræ part.* 2. *tit.* 21. disponitur super litigiosa possessione, ut si aliqui immediatè imperio subiecti, de possessione controvertant, & uterque sibi possessionem

nem afferat, controversia ista in Camera Imperiali decidatur. Plane si iudicio pendente, aut omnimodo à parte adversa, aliquid attentetur, poterunt sub cominatione mandata, quorum tamen *d. tit.* 21. nulla mentio, in Camera impetrari.

Lit. G.

Recenset hic alia quædam interdicta, quæ sint retinendæ possessionis: & ex his primum *de superficiebus*, cuius affinitatem cum interdicto uti possidetis, docet ICtus *in l. 1. §. 2. d. superficiebus.* Ait autem Treut. quod hoc interdicto agens non necesse habeat probare causam iustæ possessionis. Ubi verbum, *iuste*, videtur esse ambiguum: quoniam cum etiam ei detur hoc interdictum, qui superficiem conduxit *l. 1. in pr. & §. 1. & 2. d. superficieb.* ex causa tamen conductionis non transit possessio. Ex quo obiter notandum, quod non rectè *Tr. th. præced. lit. A.* ab interdictis retinendæ possessionis, removerit interdictum, *ne vis fiat ei &c.* quoniam ijs competat, qui non verè possident: cum utique sub interdicta retinendæ referat hic interdictum, quo experitur & ille, qui nudam habet detentionem. Et hactenus non dissentit Bart. sed illud quæritur, an omninò oporteat agentem reddere aliquam causam qualiscunque suæ possessionis sive detentionis. Et quicquid etiam videatur Tr. probanda videtur sententia & distinctio *Gloss. in d. l. 1. §. proponitur de superficieb.* quod aut agitur contra ipsum dominum aut contra tertium: ut hoc quidem casu ad victoriam sufficiat probare simplicem possessionem, modò non ab adversario vi clam aut precariò possideat: illic autem actor non vincat, nisi causam possessionis suæ alleget & probet: neque obscura huius distinctionis ratio est quam idem Bart. proponit: quoniam cum res ipsius domini sit, nisi causa & titulus allegetur hoc ipso præsumitur, quod alter vi clam aut precarò obtineat possessionem.

Lit. H.

Alterum interdictum est de itinere actuque privato, quod Tr. cum Menoch. ait competere tantum propter servitutes rusticas, pro urbanis nec utiliter quidem: contra *Gloss. & Bart. in l. 1. §. 1. de itin. actuque priv.* qui pro urbanis discontinuis utile admittunt, videlicet ut hoc explicat citatus *Capoll. d. servit. rustic. cap. 1. num.* 33.

pro itinere actuque ad prædium urbanum. Quæ sententia mihi non videtur improbabilis, quoniam harum servitutum est ead. essentia cum illis quæ debentur prædio rustico. Neque movet quod ICtus *d. l.* 1. §. 1. *de itin. actuque privat.* hoc interdictum competere ait tantummodò pro servitutibus rusticis: quoniam ut rectè observavit *Capoll. d. loc.* hoc ideo dixit ICtus, quoniam istæ servitutes natura sua rusticæ sunt, à quibus, ut dictum, essentia non differt, iter vel actus ad prædium urbanum, sed ex solo accidenti: ut adeò non intelligendus sit excludi hic casus, hactenus saltem, ut interdictum utile accommodemus: nam & ita in aliis servitutibus accidit, ut ratione eius cui debentur, modò urbanæ modò rusticæ censeantur: quod in servitute etiam iuris pascendi, quæ sua natura vel maximè rustica est, obtinere tradit *Capoll. d. servit. rustic. cap.* 9. *num.* 5.

Eius duo capita.] Ex primo experitur, qui ostendere potest, se in anno triginta diebus actu itinereque usum esse *l.* 1. *in princ. d. itin. actuque privat.* Requirit autem post *Menoch. num.* 18. Treut. ut probet actor se usum esse itinere, ita ut crediderit se uti iure servitutis, iure suo & bona fide, & hoc ipsum probandum esse certa ratione, qua ad hoc credendum fuerit motus, & quod tales actus fecerit, qui ostendant, jure suo eum uti voluisse. Sed mihi hoc modo nimium videtur onerari actor, contra naturam interdictorum: & cum hoc quoque interdictum sit retinendæ possessionis, constat tamen, in interdicto uti possidetis, & de superficiebus, sufficere probari simplicem possessionem, etiamsi quis vi clam aut precario possideat, modò non ita possideat ab adversario: quod ipsum de hac interdicti specie traditur *in l.* 1. §. 2. Ideoque sufficiet probare quasi possessionem, per usum 30. dierum, ut hoc interdicto quis vincat: & vincet multò magis, si iurato asserat, se bona fide & tanquam iure suo usum fuisse itinere: cum aliâs pro regula tradatur, quod ea quæ in animo consistunt, per iuramentum asserentis probentur, de quo actum supr. *disput.* 4. *th. ult. inf.* Neque contra hanc sententiam quidquam faciunt rationes duæ quibus movetur Menoch. 1. quod tum demum sufficiat iuramentum, si præcedat titulus. Resp. hoc pertinere ad petitorium, sed in possessorio titulum non requiri, quod ipse mox affirmat Treut. 2. Quod iuramentum sufficiat, nisi præsumptio militet contra iuraturum. Resp. licet

licet aliâs prædia præsumatur libera, tamen hic obstare aliam præsumptionem, sumptam ab usu 30. dierum, in quo est quasi possessio servitutis, cuius probatio in interdict's sufficit, illa autem quam requirunt Menoch. & Treut, petitorium concernit. Ex quo apparet rectè se habere quod Treut. addit, non necesse habere actorem, ut probet adversarij scientiam vel patientiam: quoniam ut ostensum supra *part.* 1. *disput.* 17. *th.* 9. in his consistit titulus servitutis, cuius probatione in possessorio actor non oneratur.

Alterum caput ex *l* 3. §. 11. *& seqq. h. t.* ita proponit Tr. secundum caput interdicti, vel potius ex secundo capite interdictum competere ei, qui probare possit se non clam nec vi nec precario hoc anno usum esse, & ius reficiendi ei fuisse. In quibus verbis petitis ex *d. l.* 3. §. *hoc. autem* 13. videtur esse tropus antecedentis & consequentis: quoniam hæc est intentio & petitio huius interdicti, ut sibi locum, per quem actus vel iter competit, liceat reficere: medium autem concludendi, quod non explicatur à Treut. duplex est, quod hoc anno itinere quis usus sit, & quod ipsi servitus iure competat: duo enim, inquid ibid. ICtus, qui hoc interdicto utitur, docere debet, & hoc anno se usum, & ei servitutem competere: quæ posteriora verba in editione Gothofred. anni 614. vitio & errore typographico, sunt omissa. Continet igitur hoc interdictum causam proprietatis, quoniam probandum hic est, servitutem sibi deberi: cuius rationem & diversitatis causam ab interdicto ex cap. priori, reddit *ICtus in dict. leg.* 3. §. *hoc autem* 13, *vers. itaque*; quod qui reficere vult, aliquid novi faciat, neque debeat ei in alieno permitti id moliri, nisi verè habeat servitutem: & adeò nisi in petitorio prius obtinuerit, vel hoc interdicto, servitutem sibi deberi, probare possit. Est autem petitorium duplex; alterum directum, quo quis probat servitutem iure impositam esse: alterum utile, si quis probet, se longo tempore jure aliquo usum: huic enim competit utilis vindicatio servitutis. Et ut hoc interdicto de reficiendo itinere actuque privato uti possit, sufficit probare posse servitutem, per longi temporis quasi possessionem: quæ sententia est ICti *in l.* 5. § *si quis* 3. *d. itin. actuque priv.* ubi ICtus ait uti posse hoc interdicto, licet quis servitutem iure impositam non habeat,

modò

Secundum.

modò se longa possessione servitutem habere, & ea diu usum fuisse probet: quod sicut & cætera ad hoc interdictum ex secundo capite pertinentia, minus commodè à Tr. proposita esse apparet. Illud autem non immeritò Accurs. quærit, quamobrem ICtus duo illa requirat, cum sufficere debeat probasse ius servitutis: & ipse respondet, quod intelligendum sit duo requiri, si incipias à priori, videlicet, usu servitutis, eoque quod sequitur, si alterutrum deficiat, ita accipiendum, ut, *alterutrum*, pro, *altero*, positum interpretemur. Sed rectius dicitur, cum in hoc interdicto principaliter agatur de jure reficiendi, & refectio fiat propter usum, prætorem usum proximi anni probari voluisse, quod præsertim jure veteri servitutes per non usum biennij, ad summum, amitterentur.

LIT. I.

De aq. q[uo]tidiana et æstiva

Tertium hoc interdictum est, de aqua quotidiana & æstiva, cuius capita tantum ait esse duo, de duplici illa aqua, quam utramque ICtus *in l.* 1. §. 3. differre ait usu, non jure, quoniam hic æstiva dicitur, quæ non nisi æstate ducitur. Non autem puto rectè à Tr. improbari Cæpoll. & Baronem, qui tertium huius interdicti caput statuunt, de aqua ex castello ducenda: tum quia differentia perspicua est inter aquam quæ ex castello ducitur, & quæ ex fonte aut capite, ad quam priora huius interdicti capita pertinent: tum quia ICtus *in d. l.* 1. *d. aqua quotid.* non minus distinctum hoc membrum, quam priora duo proponit, ut apparet ex *d. l.* 1. *in pr. &* §. 1. *&* §. *deinde* 29. *&* 30. *&* §. *ait prætor* 38. *&* 39. *d. aqua quotid.* quibus tribus locis ICtus post tria capita proposita, singulis locis ita subijcit, *hoc interdictum &c.* Et Menoch. quem procul dubio Treut. sequutus est, *remedio 6. retinend. num.* 3. hoc tantum dicit, se non sequi Cæpoll. & Baron. propter rationem quam alio loco sit dicturus.

LIT. R.

De fonte.

Quartum interdictum est de fonte, cuius itidem sunt duo capita, coniunctim à Tr. proposita, de usu fontis, & jure fontis reficiendi, iuxta *l. un. in princ. &* §. *deinde.* 6. *d. font.* & quidem de usu fontis ad effectum hauriendi vel pecoris ad aquam appellendi,

non

non etiam aquæ ducendæ : ad quem usum pertinet interdictum præcedens de aqua quotid. & æstiva: quæ ita distinguit JCtus in d. l. un. §. 1. & 2. d. font. ut proinde errasse appareat Tr. dum hoc interdum competere ait, ne haustus vel ductus aquæ impediatur. Istud autem non magni momenti est, quod aspergit Tr. an servitus fontis, id est aquæ haustus vel pecoris ad aquam appulsus, sit servitus nominata nec ne: quod brevissimè attingit *Menoch. remed.* 8. *retinend. n.* 7. & remissivè tractat *Capol. d. servit. rustic. c.* 7. *n.* 4. plenius autem *lib.* 1. *d. servit. urban. c.* 9. Et *gl. in l.* 1. §. *in rusticis, d. servit. rustic. præd.* obiter notat, servitutes viæ, actus, itineris &c. esse nominatas, cæteras quarum mentio *in d.* §. *& in l.* 5. *eod. tit.* esse innominatas: veluti aquæ haustus, appulsus, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. quod etiam *Bart. & Bald. in d. l.* 1. *de rustic. servit.* annotaverunt, & Paulus *Castrens. in pr. d. l.* 1. *n.* 2. ita explicavit, quod illa sint nomina juris, videlicet actus, iter, via: sed hæ servitutes sint denominatæ ab ipso facto in quo consistit usus servitutis: quæ distinctio non caret ratione, licet fortassis sit eximenda servitus aquæ haustus, cuius hac in re eadem videtur ratio cum aquæ ductu, quem inter servitutes nominatas refert Accurs.

THESIS V.

Lit. A. & B.

Satis constat interdictum hoc recuperandæ, *unde vi*, dari pro rebus immobilibus, de quibus quis deiectus est, de rebus verò mobilibus, non deiici, sed ista nobis eripi dicuntur, & sunt in eam rem expressi textus *in l.* 1. *in pr. &* §. 3. *&* 6. *d. vi arm.* §. *recuperandæ* 6. *Inst. d. interd.* quod ita obtinet in rebus mobilibus seorsim consideratis & principaliter: nam pro iis, quatenus in rebus immobilibus, de quibus quis deiectus fuit, extiterunt, hoc interdictum utiq; per consequentiam dari, ostendit *l.* 1. §. 6. *& l. pen. d. vi arm.* Cæteroquin pro recuperatione rerum mobilium ereptarum aliis remediis locum esse dubitari non potest, ut & notat Menoch. *rem.* 1. *recup. poss. n.* 39. *quæst.* 2. Duplex hoc interdictum fuisse, ostendit inscriptio tituli *Digest. d. vi & vi arm.* & alterum, quod deiecto quoquo modo, alterum quod per vim armatam deiecto, conceditur: inter quæ duplex principaliter differentia esse videtur 1. quod in illo oportet deiectum non vi non clam nec preca-

Recuperandæ possessionis.

rio ab adversario possedisse: in hoc autem satis est à quocunq; deiectum esse. 2. quod illud non nisi vero possessori datur, hoc etiam nudo detentatori, ut docet & confirmat *Cuiac. ad Paul. 5. sentent. 6. & 6. obs. c. 4.* & 3. ratione eius contra quem detur, an vis armata commissa sit nec ne? distinguitur *in l. 1. §. hoc. interd. d. vi arm.* Quæ autem sit vis publica quæ privata, tractatur infra *disp. 32. th. ult.*

An hoc interdictum traditum sit in favorem spoliati.

Illa lit. B. mota quæstio, & super qua nimis multa verba fundit Menoch. non magni momenti esse videtur, an videlicet, hoc interdictum proditum sit in favorem spoliati, an in odium spoliantis. Etenim hæc ita coniuncta sunt, ut alterum ab altero separari non posse videatur: quæ procul dubio sententia fuit Beroi, cuius opinionem quarto loco refert *Menoch. remed. 1. recuperand. num.* 33. Utique sicut favorabile est, restitui deiectum, ex quo vulgatum illud, quod spoliatus ante omnia sit restituendus: ita odiosum est, aliquem deiicere & spoliare. Et ad utrumque referri possunt, quæ hic proponit Treut. 1. quod etiam nomine alieno agens super spolio, sine mandato, imò etiam servus admittatur, *ex l. un. Cod. si per vim.* Et istud tamen simpliciter verum non est, sed tum, si dominus absens, tum, si qui experiri vult pro absente domino, nomine ipsius fuerit in possessione, ut expressum est *in d. l. un.* quæ omittere non debebat Tr. 2. quod æstimatio rerum ablatarum iuramento spoliati probanda committatur, *ex l. si quando, Cod. unde vi.* Et hoc quoque ita obtinet, ut probata prius violentia, res, quas ablatas sibi dicit spoliatus, designet, easque singulas ablatas esse si probare non possit, præcedente judicis taxatione, pro personarum & negotii qualitate, iuramentum præstet: quod quidem non tantum in odium spoliantis, sed simul in gratiam & favorem spoliati receptum esse, nominatim scribit *Mynsing. lib. 4. obs. 12.*

An facultas iurandi transeat in heredem.

Istud autem dubium, quod subiicit Treut. quod si actor præmortuus sit, facultas ista iurandi transeat in hæredem. Et quidem citati à Treut. *Ias. in l. si per alium. 5. §. hoc iudicium, ne quis eum quin in ius vocat. Castrens. ibid. in §. hæredibus. ultim. & amplius ibid. glos.* in terminis loquuntur de casu actionis pœnalis, ex edicto contra eum proposito, qui in ius vocatum vi eximit: quæ

quæ actio indistinctè datur ei qui vocavit, utcunque per calumniam instituerit actionem: sed hæredi ejus tum demum, si sua interesse probaverit *dict. leg.* 5. §. *ultim.* quo probato statuunt citati autores, quod etiam hæres in litem jurare possit: & in hoc tamen nihil videtur esse speciale: quoniam ex ratione juris, in depositi commodati & aliis bonæ fidei actionibus in quibus in litem jurari solet, non dubitaverim hæredem quoque propter contumaciam rei in litem jurare posse: cuiusmodi & hoc juramentum esse, & quidem affectionis, quod præstatur in specie *l.* 9. *Cod. unde vi*, communius receptum est, ut apparet ex traditis *à Bart. Cyn. Salicet. in d. l.* 9. *& ibid. Iason. colum.* 6. *vers. venio ad gloss.* licet istud hic sit singulare quod non pro re certa, sed pro variis rebus, quas actor se amisisse contendit, & citra alias probationes interponitur: qua de causa verior est sententia *Bart. in d. l.* 9. *& Iason. ibid. cit loc.* quod juramentum istud non sit affectionis sed veritatis. Et huius juramenti vagi admissi ratio non obscura est, quod in tumultu spoliatione facta, res non tantum ab ipso spoliante, sed etiam ab alio auferri possunt: quarum æstimationem, ut spolians præstet, tanquam primus autor, æquum est: adeoque & æquum est fidem potius haberi non spoliatori neganti, sed potius spoliato affirmanti, qui etiam, quæ & quot res ipsi ablatæ sint, verius dicere potest. Ex quo ad istam Treut. sententiam, quod facultas jurandi transeat in hæredem, hæc limitatio addenda est, quam ex Bald. proponit & probat *Ias. in d. l.* 9. *C. unde. vi. col.* 9. *vers. limita tamen singulariter*, his verbis: quod licet jus probandi per sacramentum transeat ad hæredes, illud est verum, quando hæredes sunt in tali conditione, quod possint jurare, eò quod sint bene informati, aliâs non: ideò oportet quod essent tales hæredes, qui morati essent in domo defuncti, aut eius gessissent negotia, quoniam non debet quis anceps subire juramentum: cæteroquin ab hærede probationes exigentur, sed illæ leviores, ut *in d. l.* Bart. *Cyn. Salic. & Ias.* annotarunt. Cæteroquin positis terminis habilibus non obstat *l. generaliter Cod. d. reb. credit.* ex qua probari videtur facultatem jurandi non transire in hæredem: etenim hoc saltem ibi sancitur, ut judices initio juramentũ deferant, & improbatur mos reservãdi hoc usq; ad fin.

&inde ſententiam ferendi ſub conditione jurandi: quoniam fieri poſſit, ut interim mortuo reo vel actore vel planè non poſſit, vel non æquè commodè poſſit juramentum præſtari. Deinde reſpondet Jaſ. quod interſit an juramentum deferatur à lege, idque à quocunque præſtari poſſe putat Jaſ. an verò deferatur à parte, ut tunc non tranſeat facultas jurandi: quoniam, ut inquit Jaſ. ſi ego fui confiſus de legalitate defuncti non ideò ero contentus de ei s herede: v. plenius *eund. Iaſ. in l. ſi per alium* 5. §. *hoc iudicium. Ne quis eum qui in ius voc. col.* 2. *verſ. nota perpetuò.*

An q. herede ſpoliantis hoc juramento habeat locum.

Ex adverſo quæritur, an etiam contra heredem ſpoliantis hoc juramentum habeat locum. Tractat eam quæſtionem *Minſing.* 4. *obſ.* 10. ſed confusè ut modò loquatur de herede ſpoliantis, modò de herede ſpoliati, inter quos tamen differentiæ ratio non eſt obſcura. Jaſ. communius receptum notat *in d. l. 9. C. unde vi col. 6. verſ. in ea gl.* quod iſti juramento locus non fiat niſi duobus concurrentibus, difficultate probandi, & delicto rei conventi: quod poſterius cum ceſſet in herede, etiam ceſſabit juramentum: idq; communius receptum & præiudiciis Cameræ confirmatum teſtatur *Mynſing. d. loc.* & Caſtr. paulò ante citato loco, ubi ait, quod facultas jurandi etiam in caſu *d. l. 9.* tranſeat in heredem, ſed non contra heredem. Sed *Iaſ. in d. l. 9 col. pen.* diſtinguit, an lis cum defuncto ſit conteſtata nec ne: ut illo caſu demum juramento ſit locus: ex vulgata regula juris, quod actiones etiam merè pœnales lite conteſtata in heredem continuentur, videtur autem hæc facultas jurandi introducta in pœnam & odium ſpoliatoris. Cæterum Hoſtienſis referente Mynſing. exiſtimavit, quod ſola difficultas probandi faciat locum huic juramento, adeò utcunq; actor non fuerit litem conteſtatus cum defuncto: quæ ſententia verior eſſe videtur, quoniam, quod omninò animadvertere oportet, iſtud non eſt revera pœnale, ſed magis rei perſequutorium, ſiquidem actor perſequitur æſtimationem rerum per tumultum & propter factum ſpoliatoris amiſſarum, & non niſi probandi ratio & modus ſingularis eſt, ideò fortaſſis receptus, quoniam æquius eſt fidem haberi jurato affirmanti actori, qui alias probationes habere nequit, quam violentum ſpoliatorem vel eius hæredem abſolvi: & conſtat, an actio pœnalis ſit, an rei perſequutoria, æſtimari non ex eo, quod fortè reus penes ſe habet, ſed ex eo quod

actor

actor amisit ex facto rei, sive directo sive per consequentiam, veluti in specie *l. 21. & 22. ad L. Aquil. §. illud. 10. Inst. eod. l. Iulianus. 13. in pr. d. act. emt.* Neq; obstat *l. ult. C. d. in lit. iurand.* ubi negatur iuramentum in litem contra heredem tutoris: quoniam iuramentum istud in specie *d. l. ult.* respicit coërcitionem doli quem defunctus admisit, omittendo confectionem inventarii.

LIT: C.

Cuicunq; possessori.] Et possessori tamen *l. 1. §. deiicitur. 9. d. vi arm.* sed Tr. intelligit possessionem vitiosam, quæ sufficit, ut huic interdicto sit locus, etiamsi quis ab illo ipso cum quo experitur vitiosè veluti clàm vi aut precariò possideat. Idq; speciale habet hoc interdictum ab aliis, in quibus, velut *uti possidetis*, *utrubi*, *de superficiebus*, succumbit, si ab ipso adversario possideat vitiosè. Illud autem dubium habet quod subiicit Tr. restituendum esse ex hoc edicto etiam manifestum prædonem, etiam contra eum, quem constat dominum esse. Ubi inprimis statuendum est, non queri hic de prædone in genere sumto, quomodo etiam quivis malæ fidei possessor appellatur *l. planè, 38. d. petit. hered.* & alibi: sed de prædone, ut ipse loquitur Tr. manifesto, qui ipse per iniuriam possessionem occupavit eius rei, quam scit ad se non pertinere, & qui nec titulum ullum nec bonam fidem habet. Deinde constituendum est, disputari hic de casu, quo locum non habet constitutio *l. si quis in tantam C. unde vi. §. 1. Inst. d. vi bonor. rapt.* ex qua qui invadit rem propriam, eius dominiũ amittit: quo posito inepta esset disputatio: neq; in specie *d. l. si quis*, manifesto prædoni, qui ipse spolium commisit, possessio ablata præsupponenda est, ut etiam notat *Menoch. d. quæst. 11. n. 127.* Quibus ita positis contra Tr. magis probo opinionem quam communem esse testatur *Menoch. d. loc. n. 113.* quod prædo manifestus contra manifesto dominum ex hoc interdicto non restituatur. Et hæc sententia probabiliter confirmatur *ex l. colonus 12. iuncta l. cum fundum 18. d. vi arm.* ubi colonus qui non admisit emtorem, cui locator rem vendiderat, tenetur interdicto, locatori, & colono ipsi tenetur emtor, qui deiecit colonum: cuius rei ratio redditur *in d. l. 18.* quod colonus violenter possideat non ab emtore, qui nondum possessor fuit, sed à locatore, quem, dum non admittit emtorem, possessione deiecisse videtur. Quæ ratio à contrario sensu concludit,

colono non dari hoc interdictum, contra ipsum dominum deijcientem, & multo minus contra prædonem manifestum: quamvis hic aliqua sit differentiæ ratio, quod colonus totum ius suum à locatore, & revera nullam habet possessionem. Deinde adducitur textus *in l. bona fides 31. depositi*, ubi negatur esse ex bona fide, ut dominus rem suam teneatur restituere prædoni: & additur, quod etiam à privato res per spolium ablata ipsi potius domino quam prædoni sit restituenda: licet & hic occurrat diversitatis ratio, vel quod prædo ipsi domino abstulit, vel quod ibi nullum intervenit delictum & factum violentum ipsius domini, & propter violenti invasoris odium hoc receptum dicitur, ut spoliatus ante omnia sit restituendus. 3. non pauca adducit *Menoch. n. 123. & seq.* de effectu notorii, & quod adeò contra prædonem notorium dominus ipse ius sibi dicere possit. Verum ut de effectibus istis nihil hic dicamus, istud utiq; falsum habendum est, quod quis per factum omni iure illicitum, nimirum violentam invasionem, jus sibi autoritate propria dicere possit, quæ ratio administrandi justitiam per se improba, & nec ipsi magistratui citra speciales casus permissa est. Verum ne vagemur per suffragia emendicata, sententiam istam communem solida hac ratione probari existimo: quod cum per spolium non amittat ius suum dominus, sed post restitutam rem, salvum sit ei petitorium, non nisi absurdè hic sectemur ambages, & cogamus dominum restituere rem prædoni, qui mox domino agenti petitorio rem certò & necessariò sit restituturus: ut hic vulgatissima exceptione removeri debeat prædo, petens id, quod mox necessario restituere habet: ex quo in aliis exceptio dominij, quæ in continenti probari potest, removet agentẽ, hic aũt eum possidere ponimus, quem liquido & manifestò dominũ esse constat. Et huc facit, quod Pontifex *in c. cum dilectus de causa possessionis* in casu cumulati possessori & petitorij, in sententia quidem vult præmitti possessorium, sed in executione præponderare petitorium, eique qui dominus est restitui possessionem. Huc itidem facit doctrina *Zasii in l. naturaliter §. nihil commune d. acq. poss. n. 46.* si quis spoliatus intentato petitorio succubuerit, eum postea intentantem possessorium recuperãdæ à spoliatore, qui in petitorio dominus declaratus fuit, per sentẽtiam, per exceptionem dominii repelli: qui autor mox *n.* 50. in genere tradit, agẽti etiam hoc interdicto obstare exceptionẽ domi-

dominii, si ea exceptio sit notaria & evidens, *per c significasti d. divor.* Sed obiicitur huic sententiæ. 1. quod ita præstetur occasio delinquēdi. Resp. separatā esse causam interdicti, quo agitur civiliter ad restituendū, à causa criminis & violētiæ, quæ vindicari potest ex l. Jul. 2. obiicitur regula generalis q; spoliatus ante omnia sit restituendus, etiam prædo *c. ex literis. 5. d. restit. spoliat.* Resp. vel quod prædo dicatur, quem postea prædonē esse apparet, & adeò nō manifestus prædo, vel q; de prædone ab illo, qui non liquido dominus est, deiecto, textus ille sit accipiendus, quod casus ibi propositus suadet. 3. obiicitur *c porrò d. divort.* Resp. agentem ibi ad restitutionem habere titulum, quoniam publicè & legitimè contraxit matrimoniū: cum præsertim q; ad judicium solius Ecclesiæ pertinet, statuere de impedimēto matrimonii, ꝓpter scandalum & peccatū, marito nō sit permittendum. 4. obiicitur *l. cum fundū 18. d. vi arm.* ubi qui à locatore rem emerat, eiusq; jussu possessionē apprehendere volebat, nihilominus colono, quē non admissus expulerat, interdicto tenetur. Resp. speciale esse, tū quod emtor dominus non est, tum quod colonus prædo manifestus non est, & cū causam à domino habeat, prætextu aliquo factū suū, quod nō admisit emtorem, tueri potest: hic autem ponimus prædonē manifestū, nullum planè jus in re, aut ad rem habentem: quamvis fortassis ex ratione juris veteris distinguendum videri possit, an sine armis an cum armis quis deiecerit, per notata ex *Cuiac. supr. lit. A*, itemq; an interdictum proponatur simpliciter ad restituendum, an pro restitutione rerū quæ tempore deiectionis ablatæ & amissæ ꝓponuntur, quo nomine procul dubio ipse etiam manifestus dominus tenebitur *arg. l. 1. in pr. & §. illud 6. d. vi arm. l. si quando. 9. C. unde vi.* 5. obiicitur quod paulo ante diximus, hoc interdictū ei quoq; dari, qui ab adversario vi clā aut precario possidet. Resp. ut id obtineat, ponēdos esse terminos habiles, prædonis videlicet non manifesti. 6. obiicitur, quod ultimū vitiū nocere debet, spolium autem domini ultimū est, quod ante omnia debet purgari. Resp. nullus est hic terminis habilis, ut vitium purgari debeat per restitutionem rei, quæ mox est reddenda: cæterū, ut ante dictū, crimen violētiæ pœna sua manet. Porrò textus à Tr. citati, aut nihil ad rem faciunt, aut ex iam dictis iis est satisfactum.

Ei tamen qui clā.] Negat hoc interdictū ei, qui clam spoliatus est: quod rectius relatū fuisset sub lit. seq. ubi dicitur dari deiecto, qui autem clam spoliatur, non videtur deiectus. Cæterū *Menoch. re-*

med. 1. *recuper. quæst.* 12. *n.* 138. videtur hanc quæstionem tractare confusius, & cum ea generalis sit *num.* 142. proponit casum specialem, si dominus rei suæ possessionem, quæ penes alium erat, clam fuerit ingressus: hoc enim casu non interdicto recuperandæ, sed retinendæ experiendum esse existimat. Sed non videtur animadvertisse Menoch. non tantum ita quem clàm spoliari posse, ut retineat animo possessionem, qui proculdubio uti potest interdicto uti possidetis, sed etiam ita ut amittat possessionem, si videlicet postquam intellexit ab alio occupatam possessionem, animum possidendi deposuerit, iuxta notata supr. disp. 21. quo casu cessante interdicto retinendæ, quæritur an interdicto recuperandæ sit locus, & quæritur in genere, sive dominus sive alius clam occupaverit possessionem. Et distinguendum videtur, quod si solam clandestinam occupationem, & cum cuius possessio fuit, quà clàm spoliatum consideramus, huic interdicto locus esse nõ videatur: ꝙ si verò ille cuius possessio fuit reversus se in possessionem iterum admitti voluerit, & clandestinus spoliator eum excluserit, utiq; hoc interdictum habebit, non iam qua *clàm* spoliatus, sed qua vi deiectus: quoniam ita mutatur possessionis qualitas, & ex clandestino possessore efficitur violentus, per text expressum *in l.* 6. §. *ult. d. acquir. possess.* ubi JCtus ait, eum qui ante clam possederat, si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam. Et ita sententiæ Tr. non obstat *d. l* 6. §. *ult. d. acquir. possess.* Sed obstare videtur *l. ult. C. unde vi*, quæ probat hoc interdicto eum teneri quoque, qui clam ingressus est possessionem. Etenim 1. Justin. refert ius vetus quo contra hunc nec interdictum quod vi aut clam, quippe quod comparatum est ad destruendum opus, nec interdictum unde vi dabatur, cui cessante violentia non erat locus. 2. Improbat ius illud vetus. 3. vult eum quoque qui clam occupavit, haberi pro prædone. 4. vult eum teneri generali iurisdictione, quæ veteribus legibus contra huiusmodi personas introducta est, id est contra prædones alienarum possessionum invasores: quod etiam argumento rubricæ confirmatur: ut proinde verum non videatur quod Menoch. scribit *quæst.* 12. *n.* 140. *inf.* esse eam solam Justin. allegationem, non iuris definitionem. Sed in contrarium movet, quod remedium *d. l. ult.* 30. annis dicitur durare, interdictum autem unde vi, annuum

nuum est, ut probatum supra th. 1. absurdum autem sit violentum possessorem melioris esse conditionis. Nisi quis dixerit, Justin. produxisse illud interdictum ad clandestinum quoque possessorem, sed mutata temporis qualitate: forte quia possessionem ab alio clam occupatam esse, ignorare quis potest: quoniam ut tractant *Dd. in d. l. ult. C. unde* vi, vacans possessio in ea speciens dicitur, quam alter nec animo nec corpore tenet, & ex quorundam sententia etiam illa quæ vel iacente hereditate, vel etiam post eam aditam nondum ab herede est apprehensa. Sed tamen sententia hæc Dd. communior est, quod *in d. l. ult.* qui clam ingressus est, dicatur prædo per similitudinem & secundum quid, ut pariter teneatur restituere possessionem ad instar eius qui eam occupavit per vim, sed non eod. remedii genere, sed per condictionem ex *d. l. ult.* quæ tricennio duret: ut statuunt *Bart. Bald. Salicet. in d. l. ult. in pr. & ibid. Cyn. n.* 13. & probatur ex eo, quod *d. l. ult.* loquitur de possessione vacante, quam qui occupat etsi postea dominum non admittat, non dicitur vi possidere aut deiicere *l.* 4. *§ pen. d. usucap.* at in specie *l. 6. §. ult. d. adq. poss.* non fuit possessio vacua. Ex quo, ut hoc obiter addam, confirmatur eorum sententia, qui V. C. pro possessione recuperanda, non tantum interdicta, sed etiam actiones civiles comparatas esse putant: cuiusmodi est condictio ex *d. l. ult. C. unde vi.* & in eandem rem præcipuè adduci solent *l.* 2. *D. d. condict. trit.* ibi, *possessionem eum condicere* & in *l. indebiti.* 15. *§.* 1. *d. condict. indeb.* ibi, *condictio competet ut possessio eorum reddatur*: quamvis comparatio ista interdictorum & actionum civilium non rectè se habere videatur, non tantum ratione processus, sed etiam rei ipsius. Etenim minimè obscurum est, quæ sit ratio dd. ll. nimirum quod condictio natura sua datur contra dominum, cui proinde, si quis alienos nummos indebitos solvisset, summo jure locus non erat, sed quia eam deficere iniquum erat, ideò sub hoc colore condictio concessa fuit, ut non tam res ipsa, quam potius possessio condici videretur: vel potius ipsa re vera res, sed non sub hac formula propria actioni in personam & condictioni, *adversarium dare oportere*, sed sub formula restituendi, quoniam à reo dominium non poterat transferri: ex quo *in d. l.* 2. *d. tritic. act.* distinguitur, an qui deiectus est, dominus sit nec ne. Cæterum quia multis casibus cum interdictis remedia alia etiam civilia concur-

rere possint, minus dubitandum est, cuius rei multa exempla congessit *Mindan. d. interdict. c 6.*

LIT. D.

Per vim expulsivam.] Quinq; species violentiæ vulgò tradunt Dd. quas refert *Ias. in l. si quando 9. C. unde vi col.* 1. prima est expulsiva ubi quis alium re sua immobili deiicit & expellit. 2. ablativa, qua quis alteri aufert & eripit res mobiles. 3. compulsiva ubi quis alio cogente metu compulsus quid facit. 4. turbativa inter duos qui asserunt se possidere eandem rem, 5. inquietativa, ubi quis non possidens, alterum in suo aliquid facere prohibet. In hoc autem interdicto ita requiritur vis expulsiva, ut non tantum compulsiva, sed etiam reliquæ species excludantur. Sed Tr. ideo tantum vim compulsivam opposuisse videtur expulsivæ, quod in cæteris speciebus satis perspicua causa est, propter quam ad hoc interdictum non pertineant: sed de vi compulsiva non immerito dubitari potest: cum parũ intersit, an quis me deiiciat & expellat, an illato metu per vim decedere me possessione, aut rem ipsi tradere compellat: quippe quod hoc modo mediatè & indirectò me expellere & deiicere videatur. Sed tamen interdictum hoc cessat ubi vis compulsiva illata fuit, probatur *ex l. 5. d. vi arm. iuncta l. ult. §. ult. quod met. caus.* videlicet ubi quis vi compulsus rem & possessionẽ tradidit: quod si n. quis per vim decedere & excedere possessione me cogat, procul dubio deiectus videbor, siquidẽ etiam exclusus saltem & non admissus, pro deiecto habetur *l. 6. §. ult. de acq. poss.* Cur autem illo casu interdictum non detur, veram rationem esse puto quam refert *Menoch. q* 10. *n.* 103. quod etiam qui coactus tradit, voluntate sua possessionem amisisse intelligitur. Licet n. principiũ hic sit externum violentum, proximum tamen principium est internum & voluntarium, propter quod actio quidem mixta, sed magis tamen voluntaria est, ut pluribus probat *Arist. lib. 3. Ethic. c.* 1. qua de re actum *supra part.* 1. *disp.* 11. *th.* 4. ut proinde summo iure actus valeat, qui rescinditur ex edicto quod metus causa.

LIT. E.

Adversus eum.] Dixit Tr. cui detur hoc interdictum, sequitur, adversus quẽ detur: ideoq; vitiosè mox in exegesi hac lit. subijcit Tr. quod & hæredi & cæteris successoribus detur (textus specialis *in l. 1. §. hoc interdictum* 44. *d. vi arm.* & generalis de actionibus

etiam

etiam pœnalibus in hæredes actoris transeuntibus *in §. 1. Inst. d. perpet. act.*) quoniam hoc pertinet ad caput prius. Sequitur apud Tr. non tamen, nisi ipsi quoque possessionem corporaliter apprehenderint. Quæ verba videri possint ad posterius caput pertinere, contra quos hoc interdictum detur; sed apparet excitatis autoribus, præsertim verò *Menoch. quæst.* 37. *n.* 392. specialem hic tractari quæstionem, an in terminis statuti, ex quo possessio non apprehensa transit in hæredem, contra eum, qui V. C. mortuo patre occupavit possessionem, hæredi vigore statuti detur hoc interdictũ, veluti in terminis Menoch. ad quem se refert T.. ha[illegible] quæstionem formavit. Unde apparet duplex vitium in qu[illegible]ne hac proponenda à Tr. committi. 1. quod simpliciter istud proponit, cum huic quæstioni tantum locus sit in terminis statuti transferentis possessionem. 2. Et istud gravius, quod *in pr. huius lit.* quod proponit de hæredibus & successoribus manifestissimè pertinet ad casum quo hæredes non ex propria, sed ex persona defuncti experiri volunt hoc interdicto: quod autem connectitur in verbis immediatè subiectis, ***non tamen nisi possessionem corporaliter apprehenderint,*** non minus manifestè pertinet ad casum, quo hæredes ex propria persona hoc interdictum intentant; siquidem in priori casu, quo ex persona defuncti hæredes experiuntur, contra violentum spoliatorem, ridiculum sit requirere, ut ipsi corporaliter apprehenderint possessionem. Et igitur, ut rem ipsam videamus, hoc quæritur, an si quis post mortem alicuius occupaverit rem hæreditariam, hæres vigore possessionis, statuto in ipsum translatæ, hoc interdicto experiri possit: quod Treut. cum multis citatis à Menoch. negat, statuens, interdicto huic non esse locum, nisi occupatio facta sit, postquam ipsi hæredes corporaliter apprehenderint possessionem. Et facit pro ista sententia hæc ratio, quod cum teste Menoch. ex recepta Dd. opinione possessio ista quæ ex statuto transfertur, non sit naturalis, quin nec simpliciter civilis, sed civilissima, non videtur huic interdicto quod pertinet ad deiectionem, locus esse posse, maximè si possessionem jacente hæreditate occupatam fuisse proponas: ne fictiones fictionibus cumulentur: quoniam ut hæres quandocunque postea adita hereditate, retro à tempore mortis hæres extitisse intelligatur, fictione juris introductum est: neq; negari potest, quin statutis eius-

modi quo possessio in hæredes continuatur, fictio insit: & traditur vulgò, quod hoc interdictum ad casum fictum non porrigatur arg. *l. 1. §. ait prætor. 11. d. vi arm.* ubi ait JCtus, nisi hoc expresse à prætore adiectum fuisset, si familia aliquem deiecisset, dominum hoc interdicto conveniri non potuisse. Planè non potest hic dici vi deiecisse, qui possessionem revera vacantem occupavit: siquidem ut paulò ante dictum cessat hoc interdictum, ubi quis possessionem quam alter adhuc tenuit, clam est ingressus. Ne prolixius agam veram omninò puto sententiam *Covarr. 3. variar. resol. c. 5. n. 6. & Menoch. n.* 404. quam male improbat Tr. sed non satis perspicuè ab ipsis propositam & explicatam. Nimirum dicam, quod ex se perspicuum satis est, quod qui occupavit in casu proposito possessionem, quà talis, & ut hic subsistens, non teneatur hoc interdicto, sicut non tenetur qui clam ingressus est qua talis: neq; ex statuto firmior & plenior possessio transire dici potest, quam penes illum manet, qui absens utique civilem possessionem animo retinere dicitur. Quod si autem postea hæredem volentem corporaliter apprehendere possessionem, iam ante civiliter statuto translatam, alter qui possessionem occupaverat, non admittat, iam ex hoc tempore eum vim videri fecisse, eoque hoc interdicto teneri dicendum est. Quod si enim hactenus tenetur interdicto qui clam ingressus non admittit priorem possessorem, & hoc respectu vim facere dicitur, meritò etiam in istis terminis qui non admittit heredem vim facere dicendus est, ut aliquis sit effectus possessionis quam transfert statutum. Qua explicatione adhibita, utriusque partis rationes simul explicari & partim removeri possunt. Et hinc apparet ineptum videri Tr. dum sententiam Menoch. admitti posse subiicit in terminis statuti, quo possessio continuetur in hæredes defuncti: quoniam ut Menoch. apparet, & res ipsa loquitur, non nisi in his terminis hæc quæstio à Dd. tractatur, nec quis quam adeò ineptus est, qui hoc in controversiam vocet, positis terminis juris communis, quo nec in suum hæredem continuari possessionem constat, de quo superius actum est: & receptum est, si quis vacantem planè possessionem ingressus postea dominum advenientem prohibebat, non videri vi possidere *l. 4. §. pen. d. usucap.* ex quo ipso confirmatur Menochii sententia, quia in his terminis statuti non potest dici vacua

posses-

poſſeſſio. Et rurſus tamen Tr. ſibi contradicere videtur, dum ait magis eſſe, ut hoc caſu hæredes remediis adipiſcendæ poſſeſſionis utantur. At enim non hoc quæritur, an his uti poſſint, ſed an etiam interdictis recuperandæ queant experiri: quamvis etiam in interdictis adipiſcendæ non æqualiter jure noſtro locus relinquatur.

Porrò datur hoc interdictum.] Jam redit ad alterum caput poſterius, contra quem hoc interdictum detur. Et ait dari contra ſucceſſorem univerſalem quantum ad eum pervenit: quoniam hactenus omnis actio perpetua & rei perſequutoria eſt: cæterum hoc interdictum annale eſt & pœnale, & ipſa perſona deiicientis deſignatur. Ex quo tanto magis inferre licet cum Tr. non dari contra ſucceſſorem ſingularem: quod tamen non ſatis benè probatur ex *l. ſi vi* 15. *d. vi arm.* quæ docet deiicientem teneri, etiamſi non amplius poſſideat; quoniam hoc interdictum non tantum pro reſtituenda poſſeſſione, ſed etiam ad intereſſe datur: ſed melius probatur ex *leg. cum à te* 7. *eod. tit.* licet ibi non proponatur ab ipſo ſpoliante ad alium res perveniſſe. Et facit ratio, quod actiones pœnales & annales contra tertium poſſeſſorem porrigi non ſolent. Sed obiicitur huic ſententiæ *l. vitia.* 11. *d. acquir. poſſ.* Reſp. vel quod ille textus loquatur de ſucceſſore univerſali: vel potius quod vitia tranſeant non indiſtinctè, ſed quoad effectum impediendi uſucapionem, quomodo etiam reſpondet *Menoch. n.* 154. 2. obiicitur exemplum actionis quod metus cauſa, quam conſtat dari contra tertium poſſeſſorem. Reſp. dari ſub qualitate vindicationis, tanquam actionem in rem ſcriptam, quod de aliis actionibus dici, & ad eas porrigi non poteſt. 3. obiicitur *l.* 4. *§ ſi tu* 22. *d. uſucap.* Reſp. ſpeciale eſſe in eo ſucceſſore, qui immediatè deiectio poſſeſſore, vacantem adhuc poſſeſſionem ingreſſus eſt, ut reſpondet *Menoch. quæſt.* 13. *n.* 153. quem caſum ſpecialem procul dubio intelligit *Tr. lit. E. inf.* vel potius reſpondeo, quod *d.* §. 22. accipi poſſit de eo caſu, quo unus deiecit in eum finem, ut alter rem occuparet: vel denique reſpondebo cum Accurſ. quod ille §. rectè accipi poſſit de interdicto dando contra ipſum deiicientem, ut ad eum locum notavit Accurſ. neque enim tantum ad reſtitutionem contra poſſidentem, ſed etiam ratione eius quod intereſt contra non poſſidentem hoc interdictum datur *l.* 7. *&* 15. *d. vi arm.*

Hanc propositionem, quod hoc interdictum non detur contra singularem successorem, ampliat Tr. ut procedat, etiamsi ipse spoliator non sit solvendo, adeoq; nec in subsidium contra alium concedatur. Sed tum ex allegatis à Tr. tum ex *Menoch. n.* 154. hanc opinionem communiter reprobatam esse apparet: pro qua parum faciunt textus à Treut. citati *ex l. Sancimus C. d. pœn.* quod pœnæ debeant tenere suos autores: & *ex l. factum* 155. *d. reg. iur.* quod cuique factum proprium nocere debeat: etenim nō hoc statuunt Dd. quod pœnam delicti tertius possessor debeat præstare, sed tantum restituere possessionem, à qua actor deiectus fuit: quoniam hoc interdictum duas quodammodo partes habet, de re restituenda, & de præstando omni eo quod interest: in quo posteriori non autem in priori persequutio pœnæ inest. Et cum potior sit conditio eius qui rem per violentiam sibi ablatam persequitur, non iniq; ei hoc interdictum accommodatur contra tertium possessorem, hoc videlicet casu, quo aliàs in damno moraretur, spoliante videlicet non existente solvendo: cum præsertim per violentiam inferatur rei vitiū, quod eam semper comitatur, vel eo argumento, quod res vi possessa usucapi non potest §. 2. *Inst. d. usuc.* Hæc tamen communis sentētia Dd. non summo jure, sed æquitate niti videtur: ideoq; ita accipienda, tū ut detur pro simplici restitutione, tū non sub illa qualitate, qua tenetur ipse deiiciens, sed ut liceat opponere exceptionem dominii; tum contra malæ fidei possessorem tantum, non contra eum qui bona fide rem à prædone accepit: qui aliis remediis, & rei vindicatione judicio petitorio conveniendus erit, in quo cum spoliatus obtinere possit, nulla causa est, ut propterea quod spoliator solvendo non est, hoc interdictum porrigatur contra tertium possessorem, qui utique pro eo quod interest, hoc interdicto non poterit teneri.

LIT. F. & G.

Spoliatus ē restituendus. Spoliatus ante omnia restituendus est, ut ante nō teneatur respondere ei, qui vel dominium vel jus aliud in re prætēdit: quoniā oportet prius purgari vitium, & restitui rem in pristinum, ne ex delicto suo reus commodū sentiat. Cui consequens est, nō audiri dominij exceptionē, licet eius probatio in continēti offeratur: de quo tanto minus dubitari potest, si cum Tr. lit C. etiam manifesto prædoni contra eum qui notoriè dominus est hoc interdictū cōcedamus.

mus, Sed & citra hoc exceptio confirmat regulam in aliis casibus, neq; quod d. lit. C. contra Tr. defendimus, casus dissimiles trahi debet, ne occasio delinquẽdi præbeatur, & privato autoritate propria jus sibi dicere permittatur: ex quo Menoch. n. 240. removet objectionem, ꝙ aliàs licet dispositione aliqua non admittantur probationes, tamen intelligatur exceptus casus, quo in continenti repræsentari possunt. Apparet autem hoc præcipuè datũ esse favori actoris spoliati, quem adeò nihil prohibet juxta vulgatas regulas juris, favori isti renuntiare idq; vel expresse vel tacite, si videlicet ut Tr. ait, exceptioni ꝓprietatis, quã obiecit reus, nihil opposuerit.

Restituenda aũt ex hoc interdicto res est cũ sua causa, adeoq; cum fructibus, ut *in pr. lit. G.* ait Tr. ubi addit fructus esse æstimandos ex persona actoris non rei. Quod ex loco ad quem se remittit Tr. *part. 1. disp. 15. th. 11. lit.* C. apparet pertinere ad fructus percipiendos, quorum nomine spoliator, ut procul dubio malæ fidei possessor tenebitur: ut nimirum restituat non quantum ipse, sed quantum actor percipere potuisset: *qua* in re non levis est differentia ex diversitate personarum: quoniam V. C. fundum aliter colit rusticus & pauper, aliter nobilis aut alius locupletior.

An autem clandestinus.] Proponit quæstionem Tr. an clam ingressus possessionem contra agentem hoc interdicto, possit obiicere exceptionem dominij: & cum patronos affirmantis & negantis sententiæ retulisset, in hæc verba subijcit limitationem: *quod tum verum puto, si spoliatus antequam agat conetur ad suam possessionem reverti, & spoliator eum prohibeat, nam aliàs clam spoliato non daretur interdictũ.* Verũ limitatio ista parũ videtur subtilis, quoniam ut quæstioni hic propositæ fiat locus, ante omnia termini habiles ponendi sunt, quibus huic interdicto sit locus, ut de exceptione obiecta disputari possit, quoniam non entis nullæ sunt qualitates: neq; dubium est, quin Dd. hanc quæstionem tractantes, hoc ipsum præsupponant, juxta notata ad d. lit. C. Cæterum quod ipsam quæstionem attinet, est quidem diversa ratio eius, qui spoliat & deiicit aliquem ex fundo, quẽ corpore possidebat, & eius qui clã ingressus rem civiliter tantũ & animo possessam, priorem possessorem non admittit: ut proinde licet uterq; interdicto teneatur, nihil tamen absurdi sit, hunc per exceptionem dominij defendi. Sed verendum est ne hoc admisso non minus præbeatur occasio clandestinis & quasi furtivis occupatio-

pationibus, & siquidem natura huius interdicti est, ut non audiatur exceptio dominii, à regula citra textum recedere, temerarium videatur: ideoque in negantem sententiam arbitror esse discedendum, quam ipse etiam Tr. utpote secundo loco relatam, magis probare videtur, licet verba sequentia, *quod tum verum puto &c.* pro sententia affirmante trahi possint.

LIT. H. I. & R.

An usufructuarius habeat

Et quidem directum fructuario.] Hoc interdictum fructuario etiam directo competere statuit Tr. cum *Menoch. quæst.* 5. Et hic quidem confusim & ineleganter rem istam tractare videtur: quoniam in eo fundamentum huius sententiæ ponit, quod fructuarius naturaliter possideat: quo etiam fundamento Tr. uti, colligitur ex textibus ab eo citatis *in l.* 12. *&* 49. *d. acquir. possess.* ubi fructuarius naturaliter possidere dicitur. Verum plerique existimant verbum possessionis naturalis impropriè ibi usurpari, & eo sensu, quo alibi commodatarius, depositarius &c. naturaliter possidere dicuntur, de quo actum supra *disp.* 29. & facit quod *in l.* 3. §. *ult. d. vi arm.* dicitur, fructuarium qualiterqualiter esse quasi in possessione: ad quæ respondet Menoch. quod nihilominus fructuarius jus suum utendi fruendi civiliter quasi possideat: sed inepta videtur responsio, quoniam duplex quæstio est. 1. an fructuario detur hoc interdictum qua possessori rei ipsius fructuariæ. 2. an detur ei tanquam quasi possessori juris utendi fruendi. Equidem admittendum videtur quod Tr. putat in ipso edicto prætoris fructuarii mentionem factam fuisse, *arg. l. si plures* 9. §. 1. *d. vi arm. & l.* 3. §. *unde vi.* 13. *eod.* ubi ait JCtus necessarium fuisse interdictum fructuario, procul dubio ut rationem redderet, propter quam edicto suo prætor fructuarii in specie meminisset: nam aliàs nulla præcisa apparet necessitas, cum fructuarius per interdictum uti possidetis *l. ult. uti possidet.* & per vindicationem usus fructus jus suum conservare possit. Admisso autem hoc, quod in edicto fructuarii mentio facta fuerit, non videtur propterea rectè inferri, quod fructuario ut possessori juris considerato interdictum directum detur obstante qualitate objecti, juris incorporalis, de quo propriè loquendo non est dejectio, in quam hoc interdictum est conceptum: ut proinde vulgata propositio, quod remedium vel actio verbis legis aut edicti introducta, directa sit, limitanda videatur

deatur ut non obtineat, ubi propter qualitatem & naturam rei, & defectum alicuius requisiti remedium directum non videtur locum habere posse: quomodo actio publiciana, edicto prætoris introducta utilis appellari solet, quia nititur fictione quadam, quod actor pro domino habetur, perinde ac si rem usucepisset. Existimaverim autem defendi posse, quod fructuarius etiam ratione ipsius fundi fructuarij hoc interdicto possit experiri: quoniam verum usum ipsius rei habet qualem ipse dominus, eoque respectu penè est ut pro possessore habeatur, iuxta notata *supra disp. 23.* eoque pertinet *l. 3. §. uti frui 14. d. vi arm.* ubi dicitur fructuarium deiectum videri, si cum exisset ex fundo, non fuerit admissus: quod argumento est fructuario tanquam possessori cuidam fundi hoc interdictum dari: & ita contra quam putat Menoch. rectè defenditur, fructuario non tantum qua possessori juris, sed & qua ipsius rei, hoc interdictum & quidem directum accommodari.

Sed ut hoc non gravate admiserim, ita illud concoquere non possum quod lit. I. subijcit Tr. emphyteutæ utile tantum interdictum concedi: quoniam cum ipse Tr. sententiam suam de fructuario confirmet ex *l. 12. & l. 49. d. acq. poss.* atq; ita ex naturali possessione ad interdictũ directũ concludat, quæ consequentia fundatur *in l. 1. §. deijcitur de vi arm.* verissima utique sententia est quam confirmavimus *d. disput.* 21. quod possessio emphyteutæ verior plenior & perfectior sit quam possessio fructuarij: utcunque eorum opinionem sequaris, qui possessionem civilem penes concedentem manere statuunt, quoniam iuxta *d. l.* 1. §. 9. in hoc interdicto sufficit naturalis possessio, quæ cum emphyteutæ negari non possit, quo jure ipsi interdictum directum negetur, non animadverto. Et utcunq; ius ipsum emphyteuticum consideremus, istud tamen ius eiusmodi est, ut propter illud veram ipsius fundi possessionem habeat emphyteuta; neque potest verè & plenè jure illo deijci emphyteuta, ut non simul de fundo deijciatur: quod si enim talis casus dari possit, quo salva ipsius fundi possessione non nisi de quasi possessione iuris sui deiectus sit emphyteuta, facile admittam, non nisi utili interdicto locum esse.

Eadem ratio est vasalli cui etiam illi qui possessionem civilem per dominum directum retineri putant, veram naturalem possessionem minimè negant: ut proindè & hic perspicuè erret

Xxxx

Emphyteuta an [illegible]

An Vasallo.

Tr. dum lit. K. pariter vasallo ut emphyteutæ utile tantum interdictum concedit. Possit existimari, si dominus V. C. emphyteutam esse neget, & canonem accipere recuset, videri emphyteutam deiectum de jure suo: sed hæc vera dejectio non est, & quamdiu hic subsistitur, huic interdicto locus esse non poterit: & quod Tr. non de eiusmodi, sed tali spoliatione loquatur, qua emphyteuta ab ipso fundo deijcitur, inde perspicuum est, quod statim sententiam propositam de emphyteuta, quod hoc interdicto rectè experiatur, ampliat procedere etiam eo casu, quo propter non solutum canonem fundus emphyteuticus in commissum cecidisse dicitur, quoniam non liceat domino emphyteutam manu & violentia de possessione deijcere, de quo actum est supra *part.* 1. *dispat.* 29. Ex quo porrò apparet, quod hoc interdictum detur emphyteutæ contra ipsum quoque dominum: quippe cum iuxta Tr. lit. C, etiam contra manifestum dominum, manifesto detur prædoni, cuiusmodi, utcunque prætendatur caducitas, non potest haberi emphyteuta, qui non una exceptione se defendere potest. Neque quod emphyteuta causam à domino habet, ad ius deijciendi, & negandi emphyteutæ interdictum, sufficere potest: cum prætertim iuxta *l.* 18 *d. vi arm.* colono quoque interdictum detur contra eum qui fundum à locatore domino emerat, & quem ipse dominus in possessionem ire iusserat. Efficitur hinc amplius, quod lit. K sequitur, interdictum hoc tantum dari contra tertium, non côtra dominum directum, aut implicare contradictionem, aut ad solum vasallum esse restringendum. Et tamen in hoc quoque eadem quæ in emphyteuta ratio militare videtur, & absurdum sit licere quodammodo directo domino vasallum verum possessorem, de fundo feudali deiicere. Verum apparet ex *Menoch. remed.* 1. *recuperand. quæst.* 9. *num.* 94. ideo speciale censeri in vasallo, quod hic reverentiam domino debeat, propter quam rationem interdictum hoc liberto contra patronum negatur *l.* 1. §. *hoc interdictum* 43. *d. vi arm.* Et tamen ipse hic locus ostendit, non simpliciter stante etiam comparatione liberti & vasalli istud negandum esse: quoniam 1. datur interdictum liberto, si deiectus fuerit per vim armatam. 2. etiamsi vis armata non fuerit, cessante quantumvis interdicto, quod videlicet in personam & atrocitatem facti dirigitur, verbis tamen temperatis actio in factum ex causa interdicti-

terdicti datur: perinde ut non ipsa actio doli, sed loco eius in factum actio contra patronos datur. Non immerito tamen, quicquid etiam Menoch. existimet dubitare licet, an hac in re comparatio liberti & vasalli sit admittenda. Nam libertus quidem simpliciter ratione personæ & tantus quantus est obligatus est patrono, qui, cum servi mortuis comparentur, ei quodammodo esse suum dedit, & beneficio libertatis inæstimabili effecit, eoque ius perpetuum quoad obsequium, operas &c. in eo habet, revocare ob ingratitudinem in servitutem potest, & mortuo in partem succedit, ipse vero ex adverso nullo modo liberto obstringitur. Quæ omnia secus se habent in vasallo & domino directo, inter quos est obligatio mutua, ut non minus directus dominus propter delictum erga vasallum commissum jure suo privetur: & est tantum obligatio ratione unius alicuius rei in feudum concessæ, à qua vasallus refutando feudum, ubi voluerit, se eximere potest. Et hinc non inepta est ratio Bald. quem ex Menoch. citavit Treut. *lib. 2. cons. 323.* quod dominus deijciendo vasallum quasi reverentia illa quam ipsi debet vasallus indignum, se reddere videtur: quoniam longe levioribus fundamentis innititur hæc reverentia, quam ea, quæ à liberto debetur patrono: ex quo etiam frequentioribus calculis itum est in eam sententiam, qua placuit dominum directum à vasallo sine venia in ius vocari posse.

THESIS VI.

Lit. A.B.&C.

Proponit hac th. remedia alia, quibus violentia commissa coërceatur: & 1. actionem seu accusationem potius ex L. Iulia d. vi public. & privata, quæ tamen longè latius patet, ut tractatur infra *disput. 32. th. 4.* Deinde proponit actionem ex constitutione de pace publica, de qua cit. loc. lit. C. agit Treut. oportet autem ambiguè dictum esse, quod constitutio aut actio illa sit introducta in locum actionis ex L. Iulia d. vi public. vel privat. neque enim per eam imperij constitutionem remedia priora

credenda sunt sublata: cum præsertim ea constitutio sit specialior, & minimè omnes casus admissæ violentiæ, cui coercendæ L. Iulia prodita est, complectatur. 3. remissivè intendit digitum ad varia remedia tractata & proposita à Menoch. & Sebast. Medices, quæ singula, omissa præsertim à Tr. exequi, nostri instituti non est. 4. Proponit remedium ex *l. si quis in tantam* C. *unde vi*, ex qua dominus propter violētiam admissam rem amittit, alius autem cum altero tanto restituit. An autem hoc remedium desuetudine abrogatum sit, quæstio facti est, quam decidet observatio practica: plane statuta, quæ cit. à Tr. *Menoch. remed. 9. recuper. nu.* 8. memorat, Italica sunt, neque ex iis ad praxin Germaniæ quicquam inferri potest.

An L. ... Rustico et muliere.

Etiam contra mulierem.] Quoniam violentia est delictum iure gent. prohibitum, cuius ignorantia non est excusabilis, & quidem est delictum alienum à qualitate & conditione sexus, & in fæmina turpius & tolerabile minus: cui hic tanto minus ignoscendum est, quod ex hoc remedio delictum non criminaliter sed civiliter tantum vindicatur. Et cum igitur plerumq; iure nostro sexus & rusticitas coniungi soleant, merito etiam rusticum teneri dicemus, idq; non tantum si occupet rem alienam, sed etiam, in quo solo à Tr. dissentit Bart. si violenter invaserit rem propriam: licet enim pœna iuris civilis sit, tamen hoc factum & delictum, ut quis sibi ipsi per violentiam ius dicat, illicitum est iure gent. ex quo & eius vera ratione, cum huic illicito invadendi modo, pæna etiam gravior & ea criminalis irrogari possit, tanto minus ab hac pæna civili excusandus veniet: neque obstat *l. 1. §. ult. d. edend. & l. 2. §. 1. si quis in ius vocatus &c.* vel quia ista non sunt in committendo, sed in omittendo, in quo minus peccatur: vel quia ista de quibus in dd. text. agitur, non videntur directò esse contra ius gent. nec illud quidem, si quis in ius vocatus non iverit; quoniam ex ratione iuris civilis etiam citra specialem implorationem magistratus, in ius vocare licebat. Et facit §. 1. *Inst. vi bonor. raptor.* ex quo apparet eum quoque teneri pæna *l. si quis in tantam* C. *unde vi*, qui errore ductus rem suam esse putans, & amplius qui errore iuris existimans hoc sibi licere, rem suam rapuit. Etenim hic error iuris quò ad istam pœnā nō turmere, excusationē. Et licet non interveniat talis dolus qualem in edicto prætoris de bonis raptis, requiri ibid. in pr. tradit

Iustin.

Iustin. tamen ipsum factum violentum tantum doli in se habere, ut hanc pœnam mereatur: quoniam utique ista impudentia & audacia, imò furoris audacia est, ut loquuntur Impp. *in d. l. si quis* 7. C. *unde vi*: quibus addi possunt tractata à *Menoch. d. remed. 9. quæst. 2. num. 17. & seqq.*

Non tamen contra parentem patronum.] Magis videtur, quod hoc remedium etiam contra patronum & parentem habeat locum; quam sententiam, contra quam existimat Treut. frigidè & frivole refellit, imò non refellit *Menoch. d. remed. 9. quæst. 4.* Vnicum hoc eius est fundamentum & confirmatorium, & refutatorium, quod actio licet re vera non famosa, si modò saltem suggillet honorem parentum vel patronorum, contra eos danda non sit *arg. l. 2. d. obseq. præstand.* qua de causa etiam interdictum recuperandæ unde vi liberis & libertis negatur *l. 1. §. hoc. interdictum. 43. d. vi arm.* Verum responsio ad istud fundamentum non usque adeo difficilis esse videtur, quod si quid parentes vel patroni deliquerint in liberos vel libertos, his non negetur actio, sed sub qualitate famosa negetur, effectu tamen eodem, ut consequantur, quod alius sed sub qualitate famosa consequeretur: ita liberis & libertis non actio doli, sed alia quæ excepta famosa qualitate vices eius subit, conceditur *l. 11. d. dol. mal.* ubi etiam contra digniorem actio de dolo negatur, quo casu hoc remedium *l. 7. C. unde vi alia litera*, & violentiam impunitam esse fuerit perabsurdum. Et facit, quod iuxta §. 1. *Inst. vi bonor. rapt.* qui ex remedio hoc agit, non necesse habet arguere dolum, sed saltem errorem & imprudentiam: & satis est consulere honori parentum & patronorum & actionem verbis temperare, ut tamen res ipsa præstetur. Sed omninò fortiter contra Treut. & Menoch. pugnat textus, *in l. si quis 52. §. an autem. 6. d. furt.* ubi filio etiam in potestate in patrem qui aliquid de castrensi peculio surripuit actio furti dari dicitur: quod quidem de actione utili explicat Accurs. sed tamen actio furti est qua conventus pater dubio procul pœnam furti dupli vel quadrupli exsolvere tenebitur, aliâs ea furti actio non esset. Et tanto magis igitur ex *l. si quis in tantam C. unde vi*, patronus qui violentiam commisit, tenebitur: qui etiam licet interdicto directo non conveniatur, tamen actione in factum ex causa interdicti, & in illud ipsum quod in interdictum venit, videlicet ad restituendam possessionem, & omne quod interest præstandum, tenebitur.

An Lex Jul de Vi Publ obtineat in Patrono.

LIT. D.

Denique proponit Tr. remedium ex *canone re integranda cauſ.* 3. *q.* 1. quod quidem nimium quam par eſt, produxiſſe videatur interpraetes: ſed fruantur illi iudicio ſuo, ego litem hanc non faciam meam. Quod autem Tr. ait dari hoc remedium ſine perſonarum diſtinctione, procul dubio eo quoque ſpectat, quod datur contra tertium poſſeſſorem: quoniam ut ſtatim ſubijcit Tr. datur etiam contra eum, qui bona fide & cum titulo poſſidet, qui ſcilicet rem ab alio violenter occupatam ignorans ex iuſta cauſa accepit: quod licet iuri noſtro minimè conveniat, attamen propter vitium quod ipſa res contraxit, aliqualiter defendi poteſt. De tempore quo hoc interdictum durat, vide poſt citatum à Tr. *Menoch. remed.* 15. *recuper n.* 416. & ibidem allegatos, *Petr. Eriderum. Mindan. d. interdict. cap.* 9. *num.* 2. *& ſeqq.*

AD

AD DISPVT. XXVI.

De
EXCEPTIONIBVS.

Respondente,

JOHANNE GEISEL.

THESIS PRIMA.
LIT. A.

DE nomine exceptionis initio hoc tradit Treut, *Nota nois.* quod ea voce in genere sumpta comprehendatur omnis omninò defensio: quod ne absurdum sit, si etiam defensionem corporis rerum, & famæ honorisque per retorsionem ut loquuntur, comprehendas, accipiendum est iuxta allegatum *Zanger. d. except. p.* 1. *c.* 3. *in pr.* quod exceptio significet. 1. etiam simplicem allegationem, ubi obligatio ipso jure sublata fuit, cum aliâs ut plurimum, tolli per exceptionem, & ipso jure, inter se opponantur. 2. quod exceptio etiam replicationem, duplicationem &c. complectatur, cum aliâs exceptio denotet defensionem rei, qua excludit intentionem actoris: & has adeo defensionum species exceptionis verbo venire intelligit Tr.

Est ab excipiendo dicta.] Ostendit Tr. quod notatio nominis vulgata etiam huic loco conveniat, quod sicut excipi dicuntur à regula casus, in quibus regula deficit & officium suum perdit *l*, 1. *d. reg. iur.* ita & hic, ut Tr. ait excipere dicamur, cum actioni propositæ locum non esse contendimus, Secundum quod dicendum est,

regulæ

regulæ instar habere actionem, videlicet ipsam intentionem & petitionem de aliquo dando aut faciendo, & porrò condemnando: V. C. per actionem intenditur, reum aliquid dare facere oportere, ideoq; condemnandum esse: ad hanc propositionem & quasi regulam, exceptionis instar se habet allegatio rei, dum pactum trãsactionem, iuramentum &c. intercessisse proponit: idq; apertius est, si ad formulã attendamus quam prætor dare solebat, cui videlicet, maximè in stricti iuris iudiciis allegationes rei inserebantur: V. C. apparet reum Titio centum debere, *nisi, pactus est*, vel *nisi iuravit*, iudex condemna: quoniam hoc modo à præcepto prætoris de condemnando, excipiebatur casus pacti vel iuramẽti interpositi. Neq; quod videtur existimare Tr. hinc dissentit *Vlp. in l. 2. h. t.* ubi exceptionem dicit esse exclusionem: quo verbo rem ipsam & effectum respicit, quoniam iuxta modò traditam explicationem exceptio excludit regulam, id est vim eius & potestatem, & efficit ut ne reus ad dandum vel faciendum condemnetur. Illud huc non pertinet, quod de differentia allusionis, Etymologiæ & descriptionis proponitur, de quo tractari solet *in l. 1. d. acquir. poss.* ubi possessio dicitur pedum sive sedium positio *& ad pr. Inst. d. testam.* ubi testamentum dicitur testatio mentis. Nimirum allusio etymologiæ similis est, & tum concinnè adhibetur, ubi per eam exprimitur, quod nomen denotat: descriptio autem ab utraq; diversa, nihil nisi imperfecta definitio est.

Eodem autem modo.] Non intelligo quomodo exceptio eodem modo præscriptio dicatur, quoniam ratio appellationis, de qua iam diximus, verbo præscriptionis non convenit. Constat plane, quod exceptiones in iure nostro præscriptiones dicantur, de quo aliquid dictum supra *disput* 22. *th.* 1. *lit.* H. sed unde hæc appellatio nata sit, non æque constat: & Græcis exceptio dicitur παραγραφή, quo verbo Theophilus perpetuo utitur *tit. Inst. d. except.* unde fortassis hoc nomen in Latinum translatum, pro defensione, quo sensu verbo isto usus est Tertulianus in libro suo *de præscript. adversus hæreticos.* Zanger. *d. except. p. 1. c. 3. numer.* 28. præscribere, inquid, est dictare & ostendere alicui quomodo se gerat, & quid facto sit opus: id autem facere intelligitur omnis reus qui exceptione utitur: veluti si actor pecuniam à se creditam petat, reus exceptione pacti utendo hoc dicit, illum male generaliter agere, & de-

& debuisse addi hanc exceptionem, nisi pactum intervenerit: hoc dicere nihil aliud est, quam dictare, quomodo actio fuerit concipienda. Hactenus Zanger. sed non rectè pro ista sententia adducit Alciatum qui *in l. quinq; pedum C. finium regund. n. 67.* ex Rhetore Fortunatiano & aliis confirmat, præscriptionem dici quasi antescriptionem, quæ prævertat actionem qnodammodo, & de qua prius sit cognoscendum, quàm actor intentionem suam probet, ideoq; eodem loco annotat hoc nomen præscriptionis magis propriè & primariò exceptionibus dilatoriis competere: quamvis, quod præscriptionis nomen potius competat peremptoriæ exceptioni, notet *Cui.* 18. *obs.* 34.

Exceptiones esse iuris gent.] Siquidem actiones ex jure gent. sunt, sequitur ex eodem jure descendere exceptiones: quoniam ex quo jure contra aliquem agere eumque convenire in judicio licet, eodem jure, ut conventi exceptiones & defensiones admittantur, necessum est. Atquin actiones sunt ex jure gent. hoc videlicet, ut apud magistratum contra aliquem experiri liceat: Ergo &c. Assumtum probavimus supr. *part.* 1. *disp.* 1. *th.* 4. *lit. D.* pro cuius confirmatione hoc addimus, quod magistratus & judicia, & ipsæ respublicæ quæ sine judiciis subsistere non possunt, ad jus gent. referuntur. Deinde quod contractus & obligationes, quæ utique à jure gent. sunt, negatis actionibus & judicijs futuræ essent inanes: ut proinde rationem aliquam ex obligationibus juris sui obtinendi, omninò ad jus gent. referri oporteat. Et frustra obiiciuntur *l.* 2. *§. deinde 6. d. origin. iur. l.* 17. *§. 3. commodati*, cum similibus locis, quibus actiones appellantur civiles. Etenim referuntur actiones ad jus civile vel ratione simplicis approbationis *argum. l. 6. d. iustit. & iur.* quoniam singuli populi actiones & judicia receperunt, & rebus publicis suis conformarunt: vel ratione formæ specialis sed eius tamen accidentalis, quam actiones in singulis ferè rebuspublicis propriam & diversam acceperunt. Sed à jure gent. est actionum forma generalis, quæ consistit in simplici jure petendi & prosequendi apud magistratum, etiam per solam officij implorationem, in quo essentialis est actionum forma: quod ipso jure civili comprobatur *ex l. actionum 37. d. action. & notat ex Dd. Ias. ad pr. Inst. d. act. n. 54. & seqq.* Et proinde inepta obiectio est pro adversa sententia, quod forma det esse rei: quoniam

hæc potius pro nostra sententia militat, siquidem propositio hæc tantum obtinet in forma essentiali, non accidentali, quæ est ex jure civili. Enimverò quamobrẽ hac in re minus eluceat potestas juris gent. hæc perspicua ratio est, quod ius gent. ferè nonnisi in Idea & abstracto considerari potest, ꝙ applicatum singulis rebuspublicis induit naturã juris civilis. Atquin nihilominus non ex eo æstimandum est, an aliquid iurisgẽt. sit nec ne, quod hæc vel illa respublica specialis, Græca vel Romana, aliqua re utatur, sed an dictâte ratione cõmuni apud oẽs gentes aliquid sit receptum arg. §. *ius autẽ. Inst. d. iur. nat.* ubi Justin. ea juris gent. esse pronunciat, quæ apud omnes gentes usurpantur: quod ipsum ratio suadet, cum nullus alius modus distinguendi ius gent. à iure civili à posteriori dari possit. Hoc aũt cum vel maximè in actionib. & iudiciis contingat, tãto minus dubitandũ est, quin juri gent. accepta sint referẽda. Neq; verò necessum est ut omnes gentes eodem plane modo re aliqua utantur, sed sufficit cõveniri in modo generali & essentiali. Ex quib. apparet quam inepte ab adversa parte adducatur *l. 6. d. Iust. & iur.* ubi dicitur effici jus civile si qd addatur vel detrahatur. Etenim minime significatur, illud vere & proprie juris civilis esse tanquã ab *eo introductum*, (ꝙ quidem implicaret contradictionem, nec quicquã addi potest, nisi ei quod iam iure gent. existit,) sed tanquam ab eo approbatũ: quomodo notissimo iure passim obligationes iuris civilis & civiles dicuntur: ex quo non minus inepte concluditur, eas à jure civili introductas, quã partis adversæ sectatores ex supra dictis textib. actiones ex jure civili esse concludunt. Quod aũt illi actionib. à iure civili essentialẽ formã additam affirmãt, manifestò falsum dicunt & principiũ petunt. Quæ cum ita sint, & perspicua veritate nitantur, mirari subit iudiciũ eorum qui hinc dissentiunt, & inter eos Clarissimi viri Doctoris Hunnii, qui in suis ad Tr. *resolut. disp.* 1. indubitanter affirmandũ censet, quod actiones sint juris civilis: cuius quidem prolixa & verbosa disputatio ex iam dictis tota corruit, & præcipuum eius fundamentum ex *l. 2. d. orig. iur.* Et mihi quidem rationes iam memoratæ eius ponderis esse videntur, ut ab ea sententia, in ista quidem quæstione, nec autoritate quidem JCti, quin nec ipsius Justin. (quoniam Imp. leges condere potest, sed veritatem rerum & rationem tollere non potest,) me passurus sim dimoveri, & adeò tanto minus, quod ut ex iam di-

ctis patet huic sententiæ, nec rationes nec textus refragantur ulli. Et quis dixerit aut dicere possit, ante LL. XII. tabb. (ad quas referuntur actiones in *l. 2. §. 6. d. orig. iur.*) nullas actiones fuisse in repub. Romana. hic quidem ad gentiles & agnatos fuerit deducendus: si quidem Livio teste lib. 3. Leges XII. tabb. trecentesimo secundo anno ab urbe condita latæ fuerunt. Sed illud magis miror, quod in responsione ad 5. argumentum fatetur ante ius civile Romanum fuisse actiones verum rudes ac informes: & ibid. negat hic esse quæstionem de actionib. quibusvis, sed de iis quibus in foro Romano experiuntur Romani. Etenim 1. hic non quæritur de forma propria & speciali actionum, câd. tamen accidentali, quam fortassis in republica Græcorum Romanorum aut aliorum populorum habuerunt, sed de forma actionum essentiali, de qua ex ipsa definitione iure nostro tradita constare potest, qua dicitur actio esse ius persequendi in iudicio quod sibi debetur: adeoque quicunque probat ius tale persequendi & petendi in iudicio vel apud iudicem magistratumve ex iure gent. esse, idem ille probat, actiones essentia sua esse à iure gent. & cum hoc ipsum, persequi in iudicio quod sibi debetur sit generalis & rudis tantum forma, essentialis tamen, necessum est eum, qui fatetur, actiones rudes & in formes à iure gent. esse, eum fateri, quod actiones essentialiter sint à iure gent. & consequenter quod Pomponius dicit *in l. secunda. §. deinde 6. d. orig. iur.* non de forma essentiali, sed accidentali esse accipiendum; nec quisquam ignorat impetrationes illas & conceptiones formularum, & syllabarum quasi aucupia, ad essentiam actionis per se consideratæ nihil pertinuisse. Sed porrò illud magis adhuc mirum, disputari in genere & quæri, an actiones sint ex iure gent. & tamen negari, quod quæratur de actionibus quibusvis, sed de iis quibus in foro Romano Romani experiuntur. Hæc etenim manifesta est inversio, imò eversio status quæstionis: nec cuiquam dubium esse potest, quin Dd. hanc quæstionem tractantes, de actionibus per se consideratis disputent, & qui eas ad ius gent. referunt, de forma generali & essentiali tractent, non de speciali accidentali, quam acceperunt à iure Romano, secundum quam consideratæ actiones iuris Romani dici possunt: quæ forma

si essentialis esset, hoc quod falsissimum est sequeretur, apud Græcos vel alias gentes nullas fuisse actiones: quamvis & hoc quod actiones quibus Romani experiuntur, formam & originem ex jure Romano habeant, aut ambiguum sit, aut potius falsum, quoniam sola accidentalis & externa forma, & nonnisi formula & ratio instituendi actiones & exercendi, minimè autem actionum materia & essentialis forma ex jure civili Romano est. Eiusdem est farinæ quod idem autor, cum fateri cogatur, ex iure gent. esse obligationes efficaces ad producendam actiones, tamen negat fuisse tales iure gent. productas, quales ex iure Romano compositas Pomponius dicit. Etenim Pomponius ut iam sæpe dictum non de compositione essentiali ipsarum actionum, sed modi formulæ rationis, eas proponendi tractat. Illud verò penè ridiculum est, quod vel ab hac vel ab illa parte de Adamo à Deo citato vel obiicitur vel prolixè respondetur, & in dubium vocatur, an Deus supremus ille omnium iudex & arbiter cum Adamo iudicio fuerit expertus. Porrò illud non intelligo quomodo opiniones hæ tanquam diversæ statuantur, actiones esse iuris gent. & actiones ex contractibus iuris gent. nascentes, iuris gent. esse: quin imò hæc una eademque opinio est, & qui illud dicunt, cum à causa producente argumentum ducant, quasdam actiones speciales ex jure civili esse non negabunt: perinde ut contractus & obligationes quædam juri civili introductæ sunt, ut tamen indefinitè obligationes & contractus rectè ad jus gent. referantur: nec dissimiliter, licet servitus à iure gent. sit, quidam tamen eius constituendi modi jure civili sunt adinventi. Ex his apparet rectè à Treut. exceptiones ad jus gent. referri: rectam etiam esse eius illationem: actio est iuris gent. ergo & actionis depulsio. Neque obstat, quod apparet *ex pr. §.1. & seqq. Inst. d. except.* sublato vinculo æquitatis opponi exceptionem, ut proinde exceptio non videatur opponi actioni, ex iure gentium institutæ, quia vinculum æquitatis ex iure gentium est. Etenim nec ex iure gentium potest constare magistratui, vinculum æquitatis esse sublatum, quia hoc ad hypothesin pertinet, & facti est, eoque reo convento est probandum. Quod autem *inf. huius lit. A.* actiones iuris civilis esse ait respectu iuris civilis informantis, accipiendum est iuxta prædicta de informatione externa & accidentali. Rectè etiam

etiam hoc Treut. quod etiam eo respectu actiones sint juris gent. quatenus actionem excludunt, non tantum quatenus ut simplices defensiones considerantur, id est, quatenus se suaque quocunque modo defendere juris gent. esse dicitur: nam aliàs videri possit vitiosa oppositio, quatenus sunt defensiones, & quatenus actionem excludunt: quoniam etiam hoc sensu defensiones sunt. Sed nimirum qui illo respectu tantum exceptiones juri gent. adscribunt, minus dicere videntur: siquidem illo sensu exceptiones mero jure civili introductæ ad jus gent. referri possunt: quandoquidem ea quoque quæ merè sunt juris positivi, ut plurimum à ratione juris gent. generali non discedunt. Cæterum ratio defensionis consideratæ tanquam propulsationis iniuriæ, corpori aut rebus illatæ, ad hunc locum non pertinet.

Quo respectu ad ius divinum.] Nam & hoc defensio permissa est: quod si de jure divino Mosaico quæratur, exceptiones procul dubio etiam quatenus excludunt actionem, sunt iuris divini.

LIT. B.

Propriè definiri potest conditio.] Ei qui exceptiones ad jus gent. refert, minimè hoc genere utendum videtur, quoniam ex hoc jure exceptio non potest videri conditio. Quin nec ex jure civili exceptio per se considerata conditio rectè definitur: V. C. actor intendit Titium sibi centum debere; reus negat se debere, quoniam dolo inductus vel metu fuerit coactus, quod pactum fecerit, quod iuraverit, &c. Hactenus utique exceptio conditio non est. Quin amplius adeò nec in iudicio allegata conditio est, veluti dum isto modo à reo in ius vocato apud prætorem proponitur. Quin denique neque exceptio formulæ à prætore inserta, revera conditio est: quoniam aliud est conditionem esse, aliud per modum conditionis formulæ inseri: veluti si apparet Titium centum debere, *nisi pactus est*, condemna. Et igitur excusari non potest Tr. utcunque ad formularum veterum rationem respexerit: quod eum fecisse apparet ex verbis *in pr. exeges. lit. B. propter veterem conceptionis formulam?* (rectius propter veterem conceptionem formulæ.) Neque sine vitio est quod sequitur, *quarum usus eatenus abrogatus, ut quibuscunque verbis exceptio proponi queat in scriptio vel sine scriptis*: etenim non à reo, sed à prætore per modum conditionis

formulæ exceptio inserebatur. Atque ita explicandum est, quod exceptio *in l. 22. h. t.* dicitur conditio: quamvis Accurs. ibi notet, in quibusdam exemplaribus, pro *conditio*, legi, *contradictio*. Harum autem usus formularũ, cum plane hodie sublatus sit, & actiones iuxta & exceptiones ab ipsis partibus tantum in iudicio proponantur, tantò magis vitiosè exceptio definitur per conditionem. Cur autem utatur verbo *hodie*, dum exceptiones in scriptis & sine scriptis proponi posse docet, (qua in re stilus cuiusque iudicii observandus est) non satis intelligo: cum nec iure veteri aliud obtinuisse videatur: quod non usq; adeò male probatur ex *l. scire. 13. §. oportet. 10. d. excusat. tutor.* quoniam contestatio excusationis, de qua ibi tractatur, & quæ tum coram, tum per libellos fieri posse dicitur, non dissimilis est propositioni exceptionis. Nec quicquã contrarium habet Cuiac. sed in specie ea fieri posse docet per libellum, quæ non desiderant tribunal.

Pro ratione autem, cur non rectè allegetur ad probandum quod diximus, à Bartolo *l. 13. §. 10. d. excusat.* hoc adducit Treut. quod rigor formularum demum fuerit sublatus *per l. 1. C. d. formul. sublat.* Atquin 1. hoc dubium videri potest, siquidem mos dandorum iudicium iam ante sublatus fuisse videtur à Diocletiano *in l. secunda. Cod. d. pedan. iudic.* licet hoc quidam ad provincias restringant, de quo actum *supra part 1. disputat. 12. thes. 7. lit. F.* Deinde nulla consequentia est: quoniam diversa prorsus erat olim ratio proponendi exceptionem apud prætorem, & ipsius formulæ quam dabat prætor, & iudici præscribebat, cuius rigor in hoc erat, ut præcise secundum propositionem partium conciperetur, & iudex eam præcisè subsequi in iudicando teneretur: quod nihil pertinet ad eum modum quo reus apud prætorem vel nuncupato vel in scriptis exceptionem suam proponebat. Cæterum *l. 1. C. d. formul. sublat.* non tantum pertinere videtur ad actiones, sed etiam ad alios actus, in quibus opus erat solennibus formulis, quarum aliquas recenset & ridet *Cicer. in Orat. pro Muren.* quæ aucupia syllabarum improbat Imper. *in d. l. 1.* Atquin *l. 2. C. eo. tit.* tollit necessitatem singulas actiones impetrandi: quod olim nemo ius expediendi in iudicio habebat, nisi prius actionem & formulam V. C. à prætore impetrasset.

Interim tamen] Sublatis licet formulis, nihilominus naturam hanc esse exceptionis ait Treut. ut ad actionem semper se habeat ut conditio. Sed non dubito vitiosè adiectam esse particulam *semper*, neque defendi posse videtur, quod ait Treut. nisi suo quodam modo, & quatenus reus intentionem actoris admittere se dicit, nisi V. C. pactum vel iuramentum intercessisset.

Neque etiam male exceptionis.] Sicut actio consideratur dupliciter, ut ex obligatione acquisita, quo sensu definitur ius persequendi: & ut in iudicium deducta, quo sensu non ius persequendi, sed ipsa persequutio est: ita quoque exceptio dupliciter consideratur, vel ut acquisita ex pacto vel iuramento, & ita potest dici ius: vel ut opponitur in iudicio, & est ipsa actionis exclusio. Sed utiq; illo sensu & quatenus ius dicitur, apparet nullo pacto eam definiri posse conditionem.

Vbi tamen frustra laborat.] Istud quidem hinc prorsus est alienum, an pacto contrario obligationes & quæ, ipso iure tollantur: & non uno loco traditum est, obligationem ex contractibus nudo consensu constantibus, ortam, pacto contrario ipso iure tolli: unde ab Anton. Fabr. & Cuiac. excipitur pactum remissorium hypothecæ, quæ tamen & ipsa nudo consensu constituitur: sed eorum sententiam refutavimus supra *part. prima. disputat. sexta. thes. 9. lit. A. & part. 2 disputat. 1. thes. 9. lit. D.* neque intelligo quid sibi velit Cuiac. *in l. 17. §. de pignore d. pact.* ubi ait separandas esse obligationes quæ consensu constant, ab hypotheca, illas esse ex contractibus, sed hypothecam esse pactum, id est conventionem de hypotheca. Etenim rationis videatur, ut obligationes ex contractibus difficilius per nudum pactum tollantur: & ostendimus citato loco, quod etiam obligatio hypothecæ per nudum pactum ipso iure tollatur. Abutitur autem Treut. hic verbo pignoris, pro hypotheca, vel potius pro obligatione hypothecaria: etenim pignus propriè dictum est, cuius possessio transit in creditorem, & quod adeò per pactum non videtur ipso iure tolli posse, cum re contrahatur, de quo actum *d. disputat. 1. thes. 9.*

LIT. C.

Continetur hic differentia generi adiecta, quod exceptio sit

sit conditio, quæ modò eximat reum damnatione, modò minuat damnationem *l. exceptio 22. h. t.* in qua à quibusdam glossatoribus, quod per exceptionem minui damnatio dicitur, video referri ad exceptiones dilatorias: sed non animadverto, quomodo per exceptiones, quæ vel judici vel procuratori opponuntur, vel aliàs simplicem processum concernunt, possit dici minui damnatio, cum istæ exceptiones nec actionem quidem directò nec condemnationem respiciant. Rectius Accurs. id explicat de exceptione quam vulgò appellant competentiæ, ne quis ultra quam facere potest condemnetur: quo etiam pertinet exceptio compensationis *argum. §. pen. Inst. d. action.* Sed non deprehendo hinc dissentire Dd. neque ratio dissentiendi & causa peti potest vel ex *l. 1. h. t.* vel ex *§. 1. Inst. eod.* siquidem hæc duo, excludere actionem, & eximere damnatione, inter se non sunt contraria. Sed fortassis Tr. sententia est, quod Dd. dissentiant in tradenda definitione exceptionis, qui sc. eam dicant esse, non conditionem, sed exclusionem; quod sanè genus tùm probatur *in l. 2. h. t.* tum ad rationem hodierni utique processus rectius se habere, ex præmissis paret. Neque potest Tr. hoc genus improbare, qui mox admittit, quod exceptio etiam defensio definiri possit. Et nimirum qui pactum de non petendo factum esse obiicit, excipere dicitur, & consequenter hoc obiicere, est se defendere. Limitat tamen istud Tr. ut exceptio latè sumta defensio dicatur: quod cuiusmodi sit, non satis apparet, siquidem exceptio genus est, multas sub se continens species, quibus omnibus competit genus defensionis, quod utique latius ut sua specie pateat necesse est: nam ita propulsatio iniuriæ quæ corpori vel rebus infertur, defensio est. Neque magis concinnum videtur habere sensum quod Tr. subiicit in hæc verba: *quomodo etiam excipere dicitur, qui simpliciter negat.* Neque enim propterea rectè negabimus hoc genus accommodari exceptioni propriè dictæ, quod in genere qui factum negat excipere dicitur: quoniam & qui aliquid factum esse dicit, & qui simpliciter actoris intentionem negat, uterque se defendit, & proinde etiam qui exceptionem in specie dictam proponit rectè se defendere, & exceptio hæc rectè defensio dicetur. Sed Tr. hoc videtur dicere voluisse, quod hæc definitio exceptionis, qua dicitur esse rei conventi defensio, nisi verbo exceptionis latius sumto, non

to, non sit accurata; quoniam non possit converti cum definito (exceptione in specie dicta,) quoniam pura negatio actionis, quæ propriè loquendo exceptio non est, rei tamen conventi defensio est.

Pergit Tr. & cum dixisset latius accepto verbo exceptionis, eum quoq; excipere dici, qui simpliciter negat, inde infert, quod nulla sit exceptio facti. Atquin imò contrarium potius sequi videbatur, esse aliquam exceptionem facti: nisi fortè hæc Tr. sententia est, quod latè quidem accepto verbo exceptio facti quædam sit, sed propriè exceptio non sit. Et tamen hoc non rectè ita colligitur, & amplius hoc quoque vitium est, quod simpliciter negare, & accipere de facto, idem non sint. Notandum autem hic, exceptionem facti ambiguè dici: quoniam cum V. C. in pactis versari dicatur factum *l. si unus. 27. §. 2. d. pact.* poterit exceptio pacti exceptio facti appellari. Sed nimirum alio sensu à Dd. exceptiones pacti appellantur, quæ videlicet opponuntur ei, qui intendit sine actione, quæ scilicet ipso jure sublata est: quod ostendit *gl. Accurs. in l. 2. C. d. remiss. pignor.* ubi quod Imp. de exceptione tradit, ita explicat, quod intelligenda sit exceptio facti sive intentionis, quoniam actio ipso jure sit sublata: & ratio appellationis redditur *à Las. in l. qui se debere. 7. d. condict. caus. dat. col. 2. Zas. in l. 2. h. t. n. 7.* quoniam reus dicit quod tantum de facto & non jure actio intendatur: nam nec minus ambiguè dicitur exceptio intentionis: quomodo quidem omnis etiam propriè dicta exceptio appellari potest: sed Accurs. *in d. l. 2.* exceptionem intentionis & facti pro iisdem accipit: quod tamen non omnibus probatum, sed quibusdam exceptionem intentionis eam appellatam, quæ opponitur actori aliquid in judicium deducenti, refert Jas. *d. loc.* qui magis distinguendum putat, an ulla unquam actio competierit, an quæ competiit ipso jure fuerit sublata, de quo v. *not. à Rebuff. in declarat. exceptionum, præfixa tit. d. except. nu. 3. & 4.* Sed modò de ipsa re constet, de verbis, licet abusive usurpentur, non est litigandum. Illud autem quæritur, an allegationes huiusmodi, quæ dicuntur facti & intentionis, sint & rectè appellentur exceptiones. Id quidem simpliciter videtur negare *Cuiac. in l. 17. §. 2. d. pact.* ubi ait nullam esse allegationem facti quæ dicatur exceptio: sed directò contrarius *Zas. in l. 1. h. t. n. 11.* etiam simpli-

cem negationem veram esse affirmat exceptionem. Sed prior sententia usui iuris nostri videtur convenientior, in quo non temere legas exceptionem solutionis vel novationis, sed ex adverso frequentissimè legas hæc inter se opponi, ipso iure quem liberari, & ope exceptionis. Et tamen huiusmodi allegatio quæ aliquid ponit, veluti solutionem, novationem, acceptilationem, propius abest à natura exceptionis, cuius proprium est, ut eam qui proponit, probare teneatur: quod secus est in eo qui simpliciter negat: ut proinde inter ista duo nihil intersit, nisi quoad effectum probandi, quoniam negativa non probatur: quamvis in hac rarius subsistatur, sed plerumque, postquam scilicet actor intentionem suam probavit, siquidem liberari velit reus, allegare aliquid & probare necessum sit: cum etiamsi hoc ab initio factum esset, actori non rarò prius intentionis suæ probatio implenda sit: veluti si reus dicat, siquidem tibi debui, solvi. Atq; hæc non levis momenti differentia esse videtur inter casum quo obligatio ipso iure sublata est, & quo adhuc ipso iure durat: quod videlicet illo casu licet reo simpliciter negare debitum, non autem hoc: & ex eo iuxta rationem iuris antiqui consequi videtur *alius* istius diversitatis effectus, quod illo casu allegatio facti omissa apud prætorem, poterat nihilominus fieri coram iudice pedaneo, postquam actor probaverat intentionem suam: quod secus erat in exceptionibus propriè dictis quæ nisi formulæ stricti iuris iudiciorum nominatim insertæ fuissent, apud iudicem pedaneum nec allegari, neque ut maximè allegatæ fuissent, à iudice attendi poterant, de quo pluribus agetur infra *disp. 29. thes. ult.* Deniq; hic notandum malè allegatum à Tr. Zas. quasi negaret exceptiones facti, cum tamen hic potius affirmet *in l. 1. h. t. n. 11. & l. 2. eod. n. 7.*

LIT. D. & E.

Divisio Exceptionum.

Sequitur exceptionum divisio in peremtorias & dilatorias. Sed his non videtur convenire definitio Tr. quoniam ut paulo ante dictum non possunt dici nec minuere condemnationem, vel hoc argumento, quod hæ exceptiones proponendæ probandæ & discutiendæ sunt ante litem contestatam. Cuius rei ratio ex iure antiquo hæc esse videtur, ꝙ de iis necessum erat tractari & cognosci apud

apud prætorem, si quis V.C. exceptionem procuratoriam, aut incompetentiam judicis obiecisset: quoniam judici pedaneo quem prætor dabat consensu ferè partium, incompetentiam obiici non potuisse perspicuum est: & cum legitimatio procuratoris constitutionem judicii respiceret, istud ante omnia expediendum erat: neque ratio permittit, ut formulæ insertum dicamus, si apparet illum esse vel esse posse procuratorem, quippe quod ad ipsam caussam & condemnationem nihil pertinebat. Et hinc est, quod huiusmodi exceptiones declinatoriæ, post litem contestatam, ubi ad judicem pedaneum ventum erat, non admittebantur. Et hinc quoque efficitur, huic exceptionum speciei, genus à Tr. usurpatum, videlicet, *conditionem*, non convenire: quoniam, ut dictum *ad lit. B.* exceptio non alia ratione conditio olim dicebatur, quam quod per modum conditionis formulæ inserebatur. Et ergo prorsus falsum est quod Tr. definitionem suam etiam exceptionib. dilatoriis competere affirmat: quoniam nec genus nec differentia convenit. Et de genere quidem nec dubitasse videtur Tr. sed ut differentiam convenire probet, hac utitur ratione, quod cum differant actionem, hoc ipso actionem minuere intelligantur, quod etiam in tempore plus vel minus esse dicatur *arg. §. plus autem* 34. *Inst. d. act.* Sed respondeo. 1. utiq; ita non totam differentiam, quæ etiam comprehendit exemtionem, competituram, contra regulas Logicas. 2. tum demum tempore posse videri minus solvi, ubi actio post menses vel annos differtur, qnod hic secus est, cum procurator cui aliquid obiicitur protinus mutari, aut ipse principalis litem suscipere possit. 3. cum exceptiones istæ proponantur & discutiantur apud prætorem, neq; formulæ inserantur, non posse dici minuere condemnationem, quod præsertim nulla hic sententia fit, per quam actor iubeatur differre actionem. Et dixerim potius, contra quam putat Tr. definitionem *l. secunda. hoc tit.* qua exceptio dicitur exclusio actionis, dilatoriis exceptionibus convenire: quoniam cum utique actionem differant *l. tertia. hoc titul.* non ineptè actionem quodammodo excludere dicentur: & ita vulgo in genere exceptionem definiri tradit *Rebuff. in declarat. except. quæ præfixa est titulo d. except. num. primo.* quod sit jus reo competens ad eludendam vel excludendam actoris intentionem,

Illud etiam non recte Tr. quod indefinite ait, exceptiones dilatorias esse de apicibus juris: hoc enim in genere falsum esse, species harum exceptionum, quæ tribus seqq. th. proponuntur, ostendent. Et *in l. 29. §. quadam Mandati* in specie agitur de exceptionibus procuratoriis: licet in his quoque distinctione opus esse videatur, quoniam alia est objectio procuratoria, aliquem non posse esse procuratorem, quæ ad apices juris referri potest: alia, quem non esse procuratorem, quæ ad apices juris male refertur, quoniam maximè interest rei, ne cum falso procuratore litiget, quoniam ut maximè absolvatur, exceptione rei iudicatæ contra ipsum dominum & principalem iterum agentem defendere se non potest.

Exceptiones mixtæ, quarum obiter meminit. Tr. Dd. appellantur, quæ & dilatoriæ & peremtoriæ esse possunt, ob id alio nomine etiam dubiæ vocatæ, veluti si conveniatur qui sub conditione promisit, quamvis revera hic nulla dum sit actio. Aliud exemplum est *in l. sufficit 56. d. cond. indeb.* ex qua notant Dd. hanc speciem exceptionibus peremtoriis magis esse annumerandam. Alio sensu mixtæ exceptiones appellantur, quæ & ad processum & ad merita causæ opponi possunt, cuiusmodi sunt exceptiones, quæ appellantur litis finitæ, veluti hoc explicat *Rebuff. d. loc. num.* 13. Aliam speciem exceptionum Dd. faciunt anomalam, quæ & ante & post litem contestatã opponi potest, veluti exceptio excommunicationis *Rebuff. ibidem n. 22.* Sed rectè notat *Gregor. Lopez.* 1. *animadvers.* 28. hanc esse dilatoriam, quoniam saltem differt actionem, quod est de essentia exceptionum dilatoriarum, sed ut ante litem contestatam proponantur, de earum essentia non est.

THESIS II.
LIT. A. B. & C.

Incipit hic tractare de prima specie exceptionum videlicet, dilatoriis, quas recte distinguit, quod aliæ concernant processum, aliæ ipsam causam & actionem. Et de illis prius, quas subdistinguit, quod desumantur ex persona vel judicis vel litigantium: & illas distinguit amplius, quod faciant ut vel prorsus judicium declinetur, vel saltem differatur. Ad illam speciem refertur. 1. exceptio

ceptio incompetentiæ, quæ tamen propriè loquendo non efficit ut omninò iudicium, sed huius tantum iudiciis declinetur, quoniam procul dubio coram alio iudice actio suscipienda est Tractatio autem de incompetentia & de modis sortiendi fori, rectè hinc removetur, & simul quæstio illa quam hic adiicit Tr. de renuntiatione fori, & an nuda conventio extraiudicialis sufficiat ad inducendam prorogationem, de qua actum est supra *part.* 1. *disp.* 3. *th. ult. lit.* H. 2 refert huc Tr. exceptionem præventionis. Sed rectius sub qualitate exceptionis incompetentiæ ea huc referretur: quoniam judex incompetens est vel per se & simpliciter, vel ex accidenti: veluti si ex duobus concurrentibus iudicibus alter præoccupaverit, quo facto alter necessariò incompetens effectus est: & sub hac explicatione rectè hæc exceptio præventionis refertur sub eas, quæ desumuntur à persona judicis. Est cæterùm & alia exceptio præventionis, quæ obstat parti, si postquam in iudicium vocata est, privilegium nacta sit, *l.* 7. *d. iudic.* 3. rectè huc refertur exceptio suspecti judicis, maxime ex iure civili, quo exceptione hac opposita arbitri eliguntur, qui de ipso negotio principali cognoscant, iuxta *l. apertissimi* 16. *C. d. iudic.* etenim jure Can. constat arbitros non de negotio principali, sed tantum de causa suspicionis cognoscere. Possit & hæc exceptio sub generalem incompetentiæ referri, & ita in genere distingui: quod inhabilitas quæ obiicitur iudicaturo, vel sit absoluta, quod simpliciter non possit esse iudex: vel secundum quid, quod vel in hac causa vel in hac personam non possit esse iudex: & hoc rursus, vel quod per se non habeat iurisdictionem in hoc negotio vel in hanc personam, quæ solet in specie dici incompetentiæ: vel ex accidenti, quod iurisdictionem quam alias habet exercere non potest, ex aliqua causa: quæ ferè est duplex suspicionis, & præventionis. Et ita quidem in iudicibus datis & delegatis: siquidem ordinario suspecto alius iudex regulariter adiungitur *auth. si verò C. d. iudic.* N. 86. *c.* 2. qua de re, & an iudex ordinarius recusari possit iure civili, actum est supra *part.* 1. *disp.* 12. *th.* 11. *lit.* H. parum autem momenti positum est in cit. à Tr. *l.* 12 *C. d. iudic.* quippe quæ inserta à neotericis fidem authenticam non habet. 4. refertur huc exceptio inhabilitatis, V. C. quod iudex sit cæcus, ætate minor imperitus juris &c. juxta tradita *d. disp.* 12. & hæc itidem sub exceptione incom-

Exceptio Incompetentiæ

petentiæ referri potest. & de infami an possit esse judex, actum est ibidem th. 7. lit B.

LIT. D.

Exceptio judicis suspecti

Altera species exceptionum quæ sumantur à persona judicis, facit ut iudicium saltem differatur, videlicet in huius judicis persona. Et sub hanc classem refert Tr. 1. exceptionem loci non tuti: sed fortassis minus rectè, quoniam diversæ sunt circumstantiæ loci & personæ. Et potest non uno modo suspectus dici locus, vel per quem transire, vel in quo sese sistere reum oportet: sed quoniam Tr. de salvo conductu tractat, qui principaliter petitur, sub suspecti judicis prætextu, potius hæc exceptio sub illã speciem referenda fuerit, per q̃ judex tanquam suspectus, quamdiu ea causa durat, declinatur. Et præstaret potius distinctius dicere, quod exceptiones sumantur vel à personâ judicis aut litigantium, vel ab aliis circumstantiis: veluti loci, si quis alio loco quam in quem obligatio & solutio concepta est, conveniatur, si locus non sit tutus, vel in quo more maiorum jus dici non solet. Item à circumstantia temporis, veluti si sit nox vel dies feriatus. Quod autem de salvo conductu adiicit hic Tr. eo non tantum veniendi, sed etiam liberam recedendi facultatem contineri, explicatum est *supra part.* 1. *disput.* 5. *th.* 6. *lit.* D. Porrò hanc exceptionem loci non tuti, quæ iuxta Tr. legitimo salvo conductu impettato expirat, idem ait non posse opponi nisi ab ipso principali, aut qui mandatum habeat speciale, vel saltem caveat de rato, & pro diss. allegat Zanger. *qui in* §. *temporales.* 10. *Inst. d. except. rubr.* 1. *generali. exceptionum dilatoriarum quæ iudicium respiciunt except.* 4. *n.* 4. simpliciter ait ita favorabilem esse hanc exceptionem, ut ex sententia quorundã opponi possit ab eo quoque, qui mandatum non habet. Atquin Zanger. his verbis minimè existimandus est exclusisse necessitatem cavendi de rato: quoniam hæc minime contraria, quin nec diversa sunt, admitti sine mandato & admitti cum cautione de rato: imò ubicunq; cavetur de rato, aut nullum aut non sufficiens mandatum esse præsupponendum est, siquidem ubi de mandato constat, cautione rati opus non est, ut probatum *supr. part.* 1. *disp.* 9. *th.* 8. *lit. A.* adeoque qui admittitur cum cautione rati, is admittitur sine mandato. Et verò cum exceptio ista judici constringat quodammodo manũ, ne ulterius progredi possit, absurdum sit facultatem hanc

hanc cuicunq; & cuiuscunq; interpellationi tribuere: ideoq; amplius cōtra Zanger. & Tr. verius crediderim, specialę requiri mandatum, nisi proponatur coniuncta persona, quæ communi jure sine mandato quidem, non tamen sine cautione rati admittitur ad agendum: ex quo confirmatur quod diximus, in persona extranei non sufficere cautionem de rato.

Deinde sub istam classem refert Tr. exceptionem feriarum, & termini angusti. Verum hæ exceptiones non à personæ circumstantia, sed à tempore sumuntur. Illud quoque parum considerate Tr. quod cum proposuisset in genere exceptionem feriarum, subiicit hanc exceptionem competere omnibus, qui in messib. & vindemiis ipsi non occupantur: quoniam hæc est singularis species feriarum, de quibus, & an prosint omnibus, actum est *part.* 1. *disp.* 5. *th.* 9. *lit. D.*

THESIS III.

Lit. A.

Sequuntur quæ à persona litigantium desumuntur exceptiōnes dilatoriæ, quas distinguit Tr. quod concernant vel personas principales, vel earum nomine intervenientes. Ubi obiter notandum, personas principales dici, ad quos revera causa & negotium pertinet, cæterum suo modo & procurator persona principalis dici potest: sed hic tamen minus commodè, quoniam istæ exceptiones excutiendæ sunt ante litem contestatam, per quam demum procurator effici dicitur dominus litis. Priorem speciem earum quæ concernunt personas principales, iterum subdistinguit Treut. quod vel concernant personam, sumanturq; à persona, actoris aut rei, & rursus vel alterutrius vel utriusque. Actoris personam tantum docet Tr. respicere exceptionem contumaciæ: non quod reus etiam, non possit esse contumax, quinimò in hunc magis & frequentius incidit contumacia, sed quoniam ex persona actoris tantum eiusq; contumacia, est exceptio dilatoria, propter quam reus non omnimodò, sed tantum ab observatione judicii & instantia regulariter absolvitur *l. properandum.* 13. §. *& siquidem* 2. C. *d. iudic.* ubi autem reus contumax est, aut in possessionem bonorum missio decernitur, aut causa cognita reus definitivè condemnatur *d. l.* 13. §. 2. de quo alibi agitur.

Excepl. q[uae] desumunt[ur] ex p[er]sonis Principalib[us].

Lit.

LIT. B.

Apparet ex iis quæ hac lit. traduntur, alia atque alia ratione exceptiones dici respicere personam actoris & rei: etenim exceptio contumaciæ quam Tr. lit. præced. personam actoris respicere ait, ea est, quæ non ab actore, sed ob huius contumaciam à reo obiicitur: quæ autem hic personam rei respicere dicuntur, ab ipso reo proponuntur: veluti quod in ius vel omninò non, vel sine venia vocari non potuerit: quæ etiam suo modo desumta dici potest à persona actoris, qui contra edictum prætoris in ius vocavit: an autem illius edicti aliquis hodie sit usus, & alia eo pertinentia, explicata sunt *supra part.* 1. *disp.* 4.

Altera exceptio hic proposita, iusti impedimenti, in solidum est à persona rei, veluti si morbo sontico laboret *l.* 60. *d. re iudic.* cum hic etiam ipso iure diem dffindat, iuxta notata supra *disp.* 23. *th.* 3. *lit. I.*

LIT. C.

Utriusque personam & actoris & rei concernere docet Tr. exceptionem legitimationis personarum, id est, quod quis non habeat personam legitimam standi in iudicio: veluti si sit filiusfamil. qui conveniri quidem, sed agere regulariter non potest: item si minor sine curatore, quo referenda sunt verba Tr. *ita minor absq; curatore litigans regulariter non obligatur.* Ubi verbum *obligari* oportet accipi paulò laxius, pro quasi obligari per litis contestationem & iudicium acceptum, quo sensu in iudicio contrahi ait JCtus *in l.* 3. §. 11. *d. pecul.* & fortassis eo quoq; respexit Tr. quod iudicium cum minore agitatum sine curatore, quatenus favorem eius respicit, sustinetur, cæteroquin ipso iure nullum est. An autem minor alieno nomine tanquam procurator ad litem rectè interveniat in iudicio, tractatum est *supra part.* 1. *disp.* 8. *th.* 1.

LIT. D. E. & F.

Procuratoria exceptio

Quæ à personis intervenientium nomine alieno petuntur exceptiones dilatoriæ, procuratoriæ in genere appellari solent. Est autem exceptio hæc procuratoria duplex: tu non es procurator, & tu non potest esse procurator. Illa respicit defectum mandati, quod vel sit nullum vel insufficiens, eoque arguit falsum procuratorem: & dicitur mandatum nullum vel per se vel ratione personæ, quæ ius mandandi & constituendi procuratorem non habet.

habet. Hæc autem respicit personam procuratoris, qui ut cunque habeat mandatum plenissimum idque à persona quæ mandare potest, pro alio intervenire nequit, veluti mulier miles &c. Quæ lit. D. annectitur quæstio, in sententia lata contra falsum procuratorem, contra ipsum executioni mandari possit, tractata est supra *part.* 1. *disp.* 9 *th.* 4. *&* 9. Obiter autem hic notandum, exceptioni huic procuratoriæ non rectè opponi lit. præced. C. exceptionem legitimationis personarum: nam & illa legitimationem personæ concernit.

LIT. G.

Exceptio illa quam procuratoriam diximus, *tu non potes esse procurator*, distingui iterum potest à duplici fonte vel causa, quod vel sit simpliciter & per se talis, vel respectivè ratione negotij quod est tractandum, neque admittit procuratorem: cuiusmodi olim erant exceptis paucissimis, omnes causæ, *t. t. Inst. per quos agere possumus.* hodie fere eius generis sunt, actus jurisdictionis voluntariæ, emancipationes, adoptiones &c. ut explicatum *supra part.* 1. *disp.* 2. Huc etiam pertinent causæ criminales, ita enim generalius quæstio hæc formanda est, non verò cum Tr. de publicis judiciis tantum. Et ut de hac quæstione perdifficili aliquid dicamus, distinctio hic prima est inter accusatorem & reum: in quo itidem mancus est Tr. qui tantum de reo defendendo tractat. Quod ad accusatorem attinet, distingendum est an sit judicium publicum an privatum, & hoc an sit capitale vel non capitale: & porrò an habeat pœnam arbitrariam vel ordinariam: & hanc vel relegationis, vel minorem, simplicis famæ vel pecuniæ: in quo judicii genere tantum à privato per procuratorem accusatio institui potest, ut docet *l.* 1. *an per alium causa appellat. &c.* non autem in reliquis, in quibus accusatorem calumniantem olim pœna talionis, hodie arbitraria adeoque corporalis aliquando pœna manet: in publicis autem judiciis specialis ratio est, in quibus omnium civium par in accusando jus est, nec adeò alieno nomine quis intervenire potest, quod est de essentia omnis procuratoris. Exceptio autem est in personis illustribus, quæ crimen iniuriarum & ex eo actionem sive accusationem per procuratorem instituere non tantum possunt, sed etiam tenentur *l. ult. C. d. iniur.*

Quod ad reum eiusque defensionem attinet, duplicem ante

omnia distinctionem adhibendam & præmittendam esse existimo, 1. quod defensio alia dicitur impropriè, alia propriè. Illa est, quæ tantum concernit allegationem causarum absentiæ, ut sententia differatur, juxta *l. pen. d. publ:c. iudic.* Hæc defensio gradus suos habet, & respicit scilicet merita causæ, & ea rursus non incommodè distingui posse videtur, quod alia est ordinaria, mero jure admissa, alia extraordinaria, quam admitti non tam juris quam humanitatis ratio persuasit. Illam dico, cum defensor subit vicem rei principalis, litem nomine suo contestatur, & in se suscipit, & judicatum solvi satisdat, eoque in ipsum sententia fertur & executioni mandatur: quæ defensionis ratio est in causis civilibus. Altera distinctio est inter ipsa crimina, quæ vel sunt capitalia, vel non capitalia, ex quibus relegatio vel pœna pecuniaria irrogatur: vel pinguius ad hanc rem & explicatius tria hic constituenda sunt genera criminum vel pœnarum potius, capitis, pecuniaria, & intermedium genus relegationis. In secundo genere, & in causa criminali cuius pœna pecuniaria est, tentari posse crediderim, ordinario quasi jure, & licet cum reo ipso litis contestatio facta non fuerit, defensorem admitti *per l. primam an per al um causa appellationis &c.* ubi JCtus simpliciter in huiusmodi criminibus, ad instar causarum civilium defensorem interveniri posse docet: siquidem executio sententiæ fieri hic potest in ipsum defensorem, salva tamen ejus fama, argumento ejus quod de defensore in causa furti responsum est *in l. sexta. §. secundo d. his qui not. infam.* quod tamen fallet, si speciale aliquod genus infamiæ, cum nota quadam & signo externo reo criminis irrogetur à lege, ut notat *Menoch. libr. 1. arbitrar cap. 80. n. 77.* Atq; in istis terminis pecuniariæ pœnæ hoc quod de defensione diximus, obtinere crediderim, etiamsi judicium publicum sit, contra quam putat Menoch. *d. c. 80. n. 5.* neq; n. existimo, quod ratio & forma procedendi in his judiciis, quam explicat Brissonius *lib. 2. selectar. antiquit. cap. 1.* & ex eo Gothofred. *ad l. ordo 8. d. publ. iud.* repugnet, quo minus defensori locus esse possit: cum præsertim textus sit generalis *in d. l. 1. an per alium causa appellat.* & ut rectè Fachin. cesset dispositio, cessante ratione, quæ præcipua esse videtur, ne judicium sit elusiorium, quod actum est cum defensore rei *Fachin. 1. controvers. 25.* cum præsertim ordo ille specialis proce-

dendi

dendi in publicis judiciis, jam olim fuerit abrogatus *d.l.8.d.publ. iud*. Neque obstabit *l.pen.d publ iudiciis* per ea quæ mox dicemus. Porrò nec interesse existimo, an defensor cum vel sine mandato interveniat. Atque secundum hæc explicanda est *dict.l prima. an per alium &c.* ibi, *sed si ea causa sit ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi:* videlicet, quod ratio ipsa ostendit, & notat Accurs. descensivè, incipiendo à capitali usque ad relegationem: & itidem usque ad relegationem inclusivè, quam veterum quorundam sententiam refert, sed malè improbat Accurs. ibidem: quoniam in relegatione cessant prædictæ rationes, & ista præcipuè, quod hęc sententia & pœna in defensorem non potest mandari executioni. Et his consequens est in eo genere criminum, quibus indicta est pœna capitalis, cui alius subiici non potest, causam per alium videlicet defensorem agi non posse per textum *in d l.1.an per alium &c. iunct.a l pen.§.1.d public. iudic*. Ideoque nonnisi defensioni quam diximus impropriam locus esse potest, ut nimirum allegentur causæ absentiæ, propter quas reus se sistere non possit, ut saltem sententia differatur, *textus in dict.l pen. d. publ c iudic*. eaque videtur esse communior interpretum sententia, *Clar.libr.5.§.fi:. quæst.33*. & plures citati *à Vulteio disceptat. scholastic.cap.11*. quæ tribuitur Joanni *à gloss. & Bart. in l. seruum 33.§ publ cè d procurat*. & etiam olim placuit *Cuiac. ad librum quintum. sent nt. Pauli. titul. 16.* licet *Menoch. sæpe cit. loc. num. 95.* referat Bartol. Castrens. & alios statuentes admitti procuratorem pro reo, qui etiam alleget innocentiam, & pro ea probanda producat testes: quam opinionem Menoch. limitat, si modo de innocentia statim constare possit. Sed contra istam limitationem & Johannis sententiam, & pro opinione Bart. & quod simpliciter audiatur qui causas innocentiæ allegat, pugnant aperti textus *in l. servum 33.§ publicè, d. precurat. & in l.3. C.d.accusat*. quos non pati illã explicationem & restrictionem tum verba ipsa ostendunt, tum bene confirmat *Cui 20.obs.20*. siquidem allegare causas innocentię vel innocentiam, & permittentibus legibus judiciorum publicorum defendere, de sola absentiæ excusatione accipi non potest. Et igitur etiam in capitalibus causis defensio datur: sed sub hac limitatione, *si lis iam sit contestata*, id est cœptum judicium, & accusatus semel præsens inter reos fuerit receptus, cujus rationem ostendit

Ulpian. *in d l 33. d procurat.* quoniam hoc casu porrò contra reum qui discessit procedi, & judicium contra absentem peragi, & sententia damnatoria ferri potest: quod probatur perspicuo textu *in l. adulteram. 13. C. d adulter.* ubi dicitur adulteram si post inchoatum crimen, id est judicium super crimine, provinciam excesserit, etiam absentem inter reos recipi posse: ad nullum utiq; effectum alium, quam ut rea peragatur & etiam damnetur: etenim quod jam dictis *ex d l. 13* addendum est, plus est recipi inter reos, quam judicium inchoari; illud sequitur, hoc præcedit, adeoque militat ratio Ulpian. *in l. 33. §. publicè d. procurat.* quod ubi quis absens damnari potest, etiam absens defendi possit. Qui autem nunquam præsens & ab initio absens fuit, juxta *d. l. 13.* nec inter reos recipi nec adeò damnari potest, sed tantum requirendus annotatur, citatur, & si intra annum non compareat, bona eius fisco vindicantur per *l. 1. d. requir. reis. l. absentem. 6. C. d. accusat. l. 5. d pœn.* notat *Cujac lib. 20. obs. 20. & 21.* Atque hinc explicandi sunt textus, qui simpliciter negant absentem posse damnari, ut intelligatur non cœptum cum præsente judicium, nec accusatus inter reos receptus: siquidem in iisdem textibus nec absentem accusari posse traditur: atquin cum quo præsente judicium inchoatum est, ille utique accusatus est: & ut jam dictum, frustra juxta *l. 13. C. de adulter.* absens inter reos reciperetur: si damnari non posset, & amplius frustra defensio innocentiæ eius admitteretur. Neque voluerunt jura, ut judicium cum præsente cœptum per absentiam eius quæ malitiosa esse præsumitur, eluderetur, & nihilominus tamen quoniam ex adverso non tam propter conscientiam criminis, quam periculi magnitudinem & dubium litis eventum discessisse favorabiliter credi potest, defensionem eius permiserunt *arg. l. 1. d. bon. eorum qui ante sentent.* Sed jam dictis non leviter obstat textus *in l. pen. §. 1. d. public. judic.* ubi JCtus negat in publicis judiciis admitti procuratorem ad defendendum, sed tantum ad allegandas absentiæ causas. Ad hæc concilianda varia afferuntur: & 1. à Brisson. distinctio inter privata & publica judicia. Verum refragatur, quod Ulp. admittit defensionem in judiciis capitalibus, quæ pleraque publica sunt, licet non omnia, ut apparet *ex l. 1. d. extraord. cr. crim.* in quo lapsus videtur *Vult eius cap. 11. discept. schol. ft.* ubi omnia capitalia judicia publica esse affirmat. Ineptior est responsio *Facbin. 1.*

contro-

controverſ. 24. ubi putat priorem partem *l. pen.* §. *ad crimen. d. public iudic.* eſſe explicandum de reis præſentibus: cum tamen ſtatim ſubiiciat JCtus: *ſed excuſationes abſentium &c.* cui ſcilicet excuſationi admiſſæ, opponit defenſionem impermiſſam, eoque in toto illo §. de abſentibus tractat, & per iſtam oppoſitionem tum Ulpiano *in l. 33. d. procurat.* tum Imperatori in *d. l. 3. C. d. accuſat.* non obſcurè contradicere videtur. Neque 3. confugere quis poſſit ad diſtinctionem inter jus vetus & novum, inter SCtum, cuius mentio *in d. l. 13.* & conſtitutiones: vel quia hoc prorſus divinatorium, neque veroſimile eſt, conſtitutiones & SCta inter ſe pugnare: vel quia Imperator *in d. l. 3. C. d. appellat.* ad leges judiciorum publicorum provocat. Nec 4. *d. l. pen.* poſſit referri ad ſententiam quæ non ſuper principali, ſed in pœnam contumaciæ fertur in abſentem vel ferenda eſt: quoniam & hoc divinatorium eſt, & in dubio intelligi debet ſententia definitiva: licet aliàs in reum contumaciter abſentem ſpecialis ſententia ferri poſſit *arg. l. 5. d. pœn.* Multò minus ferri poteſt, ut cum Vulteio *d. l. pen* accipiatur de caſibus, quibus ſententia principalis ferri non poteſt: quoniam propter allegatas abſentiæ cauſas ſententia dicitur differenda. Denique propter generalitatem textus non poteſt *d. l.* accipi de criminibus non capitalibus, de quibus mox dicemus: licet rectè omninò accipiatur de criminibus, quæ graviorem pœna pecuniaria coercitionem habent, ſiquidem juxta paulò ante dicta in cauſis criminalibus pecuniariis verus defenſor rectè intervenit. Sed ne prolixior ſim in variis variorum opinionibus referendis & refellendis, exiſtimo veram eſſe ſententiam *Bart. in d. l. 33.* §. *publicè.* quod admittatur quis non ut procurator, (addo quod nec ut in civilibus cauſis defenſor,) ſed tantum pro informando judice, & hactenus ſaltem ad inſtar defenſoris: idque hoc indicio confirmat Bart. quod juxta *d. l. 33.* quilibet ſine cautione etiam admittitur, ut alleget innocentiæ cauſas: facit quod juxta jam dicta non niſi lite jam conteſtata, & poſtquam inchoatum crimen fuit cum ipſo reo præſente, ut in eum ſententia ferri poſſit, hæc defenſio admittitur. Atquin *in d. l. pen. d. publ. jud.* negatur defenſor qui ordinario jure reum defendat, ſicut negatur eodem §. jus nomine alieno accuſandi: & prorſus accipitur defenſio & eo modo negatur, ſicut *in l. 1. an per alium cauſæ appellationis* juxta quam cauſæ

criminales pecuniariæ agi possunt per alium, sed non causæ capitales, de cuiusmodi defensione minimè loquitur *Vlp. in dict. l. 33.* Neque quod *in dict. l. pen. §. primo d. public. iudic.* permissum esse dicitur allegare absentiæ causas, ideo excludi intelligenda est simpliciter allegatio aliqua innocentiæ, sed allegatio huius per modum veræ & ordinariæ defensionis: & quoniam eiusmodi extraordinaria allegatio rarior & infrequentior est, cum probatio sit futura difficilis, ideò fortassis *in d. ct §.* tantum mentio fit allegationis causarum absentiæ. Et jam dictum intellectum Bart. *Castrens ibid. num.* 5. verum esse pronuntiat tanquam Evangelium, licet *numero quarto ibid.* cum aliis erret, & existimet in capitalibus extra casus speciales absentem damnari non posse, etiamsi cum jam præsente judicium fuerit inchoatum. Sed hic amplius occurritur *ex l. mil. s. 11. §. ea quæ ad l. Iul. d. adulter.* ubi JCtus adulteram licet inter reos receptam negat posse absentem defendi, quæ tamen absens damnari posse dicitur *in l. adulteram. 13. Cod. d. adulter.* suadet autem Ulpian. ratio & argumentatio *in sæpe dict. l. 33. §. publicè. d. procurat.* ut qui absens potest damnari, idem & absens defendi possit: quo argumento communiter utuntur *gloss. & Dd. in dict. § publicè*, idque tanquam solidissimum urget *Vultei. capite undecimo disceptat. scholast* & facit quod *Vlpian in dict. §. ait, nam & in capitalibus defensio datur* quæ particula ET, arguit in aliis quoque delictis non capitalibus, inter quæ Papiniani tempore adulterium fuisse, probabimus *infra disput. 32. thes. 2. lit. D.* defensioni locum esse. Responderi hic potest 1. quod sicut *l. 13. d. public iudic.* ita quoque *dict. l. 11. d. adulter.* accipi possit de defensione propria. 2. ex sententia *Cuiac. 20. obs. 2 c.* quod speciale sit in criminibus capitalibus, in quibus videlicet hoc jus præter rationem juris speciali humanitate sit receptum & propter magnitudinem periculi, cuius gratia & propter dubium eventum litis potius quàm malitiosè quis absens esse creditur. Et hinc est quod pro eo qui ad mortem damnatus dicitur, cuivis appellare liçet *l. 6. d. appellat.* itemque quod in capitalibus transactiones licitæ sunt, nec reo fraudi est adversarium pecunia corrupisse *l. 1. d. bon. eorum qui ante sentent. l. ult. d. prævaricator. l. 18. C. d. transact.* Ideoque in his delictis intelligenda est procedere argumentatio *Vlp. in l. 33. d. procurat.* & potius expungenda fuerit particula ET, vel ita accipienda,

da, ut non de eodem ſed diverſo genere defenſionis, videlicet propriæ, cui in pecuniariis cauſis locus eſt, Ulpianum loquutum dicamus. Atque ita tria hic ſunt membra, 1. criminum eorum quæ habent pœnam pecuniariam, quæ admittunt ordinariam defenſionem. 2. quæ nullam admittunt defenſionem, veluti in pœna relegationis. 3. quæ admittunt defenſionem qualemqualem, & allegationem innocentiæ, videlicet delicta capitalia. Atque in hunc modum fortaſſis non omninò incommodè hæc res explicari poteſt: cæterum probare nequeo ſententiam Vulteij, qui huc transfert doctrinam *Cuiac. libr. vigeſimo, obſervat. vigeſima prima* ubi notat, quod antiquitus etiam abſentes criminum poſtulari & inter reos recipi potuerint. Ex quo Vulteius Papinianum *in dict. l. unde ima d. adulter.* accipit de jure veteri, ſed Ulpianum *in dict. l. trigeſima tertia, & Imper. Alexandrum in l. tertia. Cod. de accuſat.* de jure novo. Atquin 1. cum Antoninus Caracalla, cuius juſſu occiſus eſt Papin. paulò poſt & ipſe perierit, & eius ſucceſſor Macrinus, & inde Heliogabalus paucis annis imperium tenuerint, minime veroſimile eſt, à ſucceſſore Alexandro jus novum conſtitutum eſſe. 2. Alexander *in dict. l. tertia.* iſtud minimè tanquam à ſe noviter conſtitutum refert, ſed ad leges judiciorum publicorum provocat. 3. ſi jure veteri reus abſens poſtulari potuit & inter reos referri, probabile etiam eſt eum potuiſſe defendi: etenim iſtud quidem tradit Cuiac. quod olim reus potuerit poſtulari, ſed minimè tradit, quod non potuerit defendi. Inſubtilius videtur, quod idem Vulteius diſtinguit inter modos abſentiæ, an neſciatur ubi reus ſit, an verò ſciatur, ut edictis & citationibus evocari poſſit. Etenim textus generaliter loquuntur, & in ſpecie *l. decima tertia. d. public. iudic.* ſimpliciter dicitur differri ſententiam, neque requiritur, ut reus amplius citetur. Sed & varietas illa abſentiæ non poteſt inducere jus diverſum, maximè poſt judicium cœptum, quod indiſtinctè contrà reum cum quo præſente inchoatum eſt peragi poſſe textus juris oſtendunt. Sed & ante litem conteſtatam ſi quis etiam contumaciter abſit, non eo magis damnari poterit niſi fortè aliqua pœna leviori ob contumaciam *arg. l. 5. d. pœn.* ſicuti poſt judicium cœptum reum defendi poſſe indiſtinctè reſponſum eſt & reſcriptum ab Ulp. & Alexand.

Atque

Atque ex his statuendum est de iis quæ hic tradit Tr. & 1. in eo peccat, quod quæstionem tractat imperfectè de reo, cum tamen non minus imò ferè magis exceptio ista dilatoria de qua hic agitur, obstet ex persona accusatoris, si per alium crimen intentare velit. 2. in eo itidem, quod quæstionem tantum tractat de publicis judiciis, cum tamen ea in privatis etiam agitetur. 3. iis verbis, *quod in capitalibus judiciis si lis cum reo contestata sit receptio causæ procuratori obiici nequeat*, ita loquitur; ac si reus jure ordinario & tanquam ex mandato defendi possit, quod falsum esse ex jam dictis apparet. 4. peccat quod improbat eos qui admittunt procuratorem si pœna sit minor relegatione, quorum sententia verissima est. 5. illud falsum est, quod in non capitalibus etiam lite non contestata admitti posse procuratorem ait pro absente: quoniam hoc tantum verum est, in causis criminalibus pecuniariis: qua in re etiam sibi contradicere videtur, dum statim ante improbat eos, qui in causis criminalibus pecuniariis admittunt procuratorem. 6. in fin. male improbat hanc assertionem: quod regulariter causæ publicorum criminum, videlicet ex quibus pœna relegationis aut gravior irroganda venit non possint agitari per procuratores: quoniam omninò hæc regula vera est, sed excipiuntur speciali humanitatis ratione causæ capitales, in quibus species quædam defensionis admissa est: licet cit. Fachin. in judiciis publicis pecuniariis admittat defensionem.

THESIS IV.

LIT. A.

De exceptione praejudiciali.

Proponitur hic altera species exceptionum dilatoriarum, quæ causam & actionem ipsam concernit, & 1. exceptio præiudicialis, ne fiat præiudicium alii actioni vel institutæ vel mox instituendæ, de quibus agitur *in l.* 13. 16. 17 *&* 18. *h. t.* Etenim existimo contra *Cuiac.* 5. *obs.* quem Tr. hic sequitur, quod etiam *in d. l.* 17 de hac præiudiciali exceptione tractetur: neque dubito falsum esse quod cit. loco Cuiac. ait, explicationem eam, quod *d. l.* 17. de exceptione præiudiciali tractatur, principiis juris adversari, & contradictionem inter *l.* 16. *&* 17. *h t.* inducere. Etenim in dd. textib. non de uno sed diversis casibus tractatur: in altera de casu,

quo

quo qui fundum petere cœperat, postea petit viam: in altera de casu inverso, quo qui viam petere cœperat, postea petit fundum. Illo casu obstat exceptio præiudicialis, quoniam per sententiam latam super servitute, præiudicatur controversiæ de fundo, quia servitus nonnisi domino fundi debetur: hoc autē casu non obstat, quoniam fundus potest esse meus, ut tamen ei non debeatur servitus. Cæterum quomodo principio juris, quo per judiciū de causa minori, præiudiciū causæ maiori fieri vetatur, repugnet *d l.* 17. explicata de exceptione præiudiciali, animadvertere non possum, siquidem iuxta istam explicationem hic eius futurus est sensus, quod agenti de fundo non possit obiici exceptio, quod præiudicium non fiat quæstioni de via, quam ante actor petiit: quod & verum est & perspicuum. Et licet etiam hinc colligere, non tantum propterea quod causa maior est, sed simpliciter quod alteram contingit, exceptionem præiudicialem opponi posse.

Vnde puto bene colligi.] Cum dixisset certum esse, tum demum exceptione præiudiciali actorem repelli, si inter easdem personas actio instituatur, colligit inde, exceptiones pręiudiciales ut & actiones re ipsa esse personales, & posterius hoc de actionib. eruditè probari ait *à Vult.* 1 *disceptat scholast. c.* 3. Atquin initio nulla prorsus hæc videtur esse consequentia: sed & illa vitiosa collectio est, actiones sunt personales, ergò etiam exceptiones: quoniam committitur fallacia homonymiæ & alio longè sensu actiones dicuntur personales, quatenus opponuntur realibus, alio verò sensu exceptiones personales, ut apparet *ex l.* 7 *h. t.* quod adeò scilicet inhærent personæ, ut nec hæredi nec fideiussoribus competant, cuiusmodi est exceptio quæ dicitur competentiæ: quo sensu omninò falsum est, quod exceptiones pręiudiciales sint personales: quin nec eâdem omninò ratione actiones & exceptiones præiudiciales dicuntur: siquidem harum usus latior est *arg l.* 16. *&* 18. *h. t.* cum paucissimæ sint actiones præiudiciales, quas videlicet Tr. hic cum Uulteio inter personales refert. Cęterum distinguendum hic, quod actiones dicuntur præiudiciales in genere vel in specie. Illo modo quælibet actio propter continentiam causæ potest dici & fieri præiudicialis, quomodo iuxta *l.* 6. *h. t.* actio super servitutę potest dici pręiudicialis ad actionem de fundo: sed hoc modo actiones præiudiciales sunt non per se nec semper nec

essentia sua, sed ex accidenti: ut tamen his quoque accommodari possit definitio *Asconii Pediani in divinat. in Verrem:* præiudicium inquit, dicit r res, quæ cum statuta fuerit affert judicaturis exemplum quod sequantur. Sed magis propriè convenit his actionibus, quæ in specie & per excellentiam præiudiciales appellantur, quarum ex eventu altera pendet cognitio, ut sententia lata aliis quæstionibus præiudicet, & in alio judicio exceptionem pariat rei judicatæ, quæ pluribus quæstionibus, quæ interim silent & suspenduntur, & ab illarum decisione dependent præiudicium faciunt, quæ utplurimum huic ipsi fini ut præiudicetur aliis quæstionibus, quæ nisi prius controversia principali decisa expediri nequeunt, instituuntur, in quibus sententia lata jus facit inter omnes, qui quandocunque voluerint experiri. Hæ nimirum sunt actiones quæ moventur de statu, V. C. an quis servus an liber, libertus an ingenuus, filiusfam. an sui juris sit: à quarum quæstionum decisione, omnium aliarum quæstionum de juribus, quæ in servos libertos & liberos, domini, patroni & parentes habent, decisio dependet, & per illam simul hæc omnia definiuntur & determinantur. Has actiones Tr. cum *Vult. di'cept. schol. cap. 3.* contendit esse personales. Rationes sunt istæ 1. si potestas est causa obligationis, ergo actiones hæ quæ jure potestatis dantur, tanquam ex obligatione descendentes, erũt personales: atqui secundum Vult. verum est prius, ergo & posterius. 2. quia præiudicia opponuntur actionibus in rem tanquam diversæ *in l. 1. §. 2. d. rei vind.* 3. quia *in §. præiudiciales. 13. Inst. d. Action.* Justin. ait quod in rem esse videantur. 4. quod *in d. §. 13.* post tractationem actionum personalium, hæ actiones quasi per colophonem subiiciuntur. 5. quia semper dantur contra eundem, quæ nota est actionum in personam, *l. actionum 25. d. O. & A.*

Sed ex adverso pro communissima sententia, & quod hæ actiones sint in rem hæ rationes pugnant. 1. quod non descendunt neq; ex conventione neq; ex delicto, quæ membra totum genus actionum personalium exhauriunt *argum. §. ultim. Instit. d. obligat.* 2. quod hæ actiones competunt neq; ad dandum neq; ad faciendum, adeoq; non est intẽtio in ijs & formula relata ad personam, sed est absoluta, dum quis se liberũ vel ingenuum, vel ex adverso dominum vel patronum esse intendit. Et hinc 3. quoniam in his

actio-

actionibus iuxta naturam realium petitur declaratio juris sibi competentis. Et porrò 4. quod hæ actiones continent assertionem quandam & vindicationem dominii, non corporis V.C. servi, pro quo propria vindicatio est, sed juris in persona. 5. quia Justin. *in d.* §. 13. *Instit. d. action.* has actiones in rem esse affirmat. Et hanc posteriorem sententiam non dubito esse veriorem, pro cuius cõfirmatione rationes alterius partis non difficulter removeri posse videntur: & respondetur ad 1 per inficiationem assumti: etenim commentum illud est Vulteii, qui obligationes refert ad jus personarum, & præter duas illas causas obligationis, quas solas jus nostrum novit, conventionem & delictum, opinionis errore adiicit tertiam, potestatem sive jus potestatis. Enimverò si propter jus potestatis res obligata dicitur, omnis res in quam dominium habemus, obligata nobis dicenda erit, & ita distinctio dominii obligationis tolletur, ita adoptio, servi occupatio, acquirendæ, emancipatio & manumissio tollendæ obligationis modi erunt: quæ à jure nostro penitus abhorrent. Ad 2. *quod in d. l.* 1. §. 2. *d. rei vindic.* præiudicium opponatur actioni in rem speciali, quæ ex L. 12. tabb. pro vindicatione rerum corporalium datur: nec quisquam negaverit proprium aliquid & singulare has actiones habere, tum quod dominium juris in persona aliqua intendunt, tum quod non sunt pro aliquo restituendo, velut aliæ actiones reales, quæ licet principaliter concernant declarationem dominii, tamen hic non subsistunt, sed rem quoque aliquam sibi restitui petunt: hę autem actiones nihil aliud petunt, sed subsistunt in sola declaratione juris, qua facta, satis intentio & jus actoris quo ad alia est fundatũ: qua de causa hę actiones à *Theophilo in d.* §. 13. *Instit. d. act.* dicuntur formulæ ex sola intentione compositę, & quæ in se non habeant condemnationem: quod post Donell. bene explicat *Vulteius d. c.* 3. Et hinc respondetur ad rationem tertiam, quod propter iam dictas causas Justin. usus sit verbo *videri* licet *Ias. in d.* §. 13 *n.* 23. verbũ istud ibi existimat esse veritatis expressivũ: & utiq; quod Justin. ait videri in rem esse, potentius operatur ad probandam communem D d. opinionem, quam verbum *videri* ad probandum, quod hę actiones sint in personam. Et ut respondeamus ad obiectionem 4 eadem causa fuit Justin. ut post absolutam distinctionem primam actionum in

rem vel in personam, hanc actionum speciem tractaret. Ad ultimam respondetur, propositionem hanc, quod actiones in personam dentur contra eundem, non esse convertibilem, neque propterea actiones omnes quæ dātur contra eundem, necessariò esse in personam: sed & contingit hoc ex accidenti, quod si enim res ea vel jus quod petitur & vindicatur semper est penes eūdem, etiam semper contra eundem actionem moveri necessum est. Quin & non semper nec omnis præiudicialis actio contra eundem est, sed illa, qua quis V. C. se liberum, sui juris aut ingenuum esse contendit, datur contra omnes, qui jus dominii patriæ potestatis & patronatus in aliis sibi asserunt, & ita hos in quasi possessione juris sui turbant: quod genus actionum in rem esse confirmatur exemplo actionis negatoriæ, qua quis fundum suum liberum esse intendit, contra eum à quo in quasi possessione libertatis turbatur.

LIT. B & C.

Exceptio plus petitionis.

Exceptio plus petitionis.] Quatuor modis plus peti ostendit Justin. *in* §. *plus autem.* 34. *Inst. d. action.* 1. re vel summa. 2. tempore, idque argumento à contrario firmat Justin. quoniam qui tardius solvit minus solvit: cuius porrò ratio sumitur ex commodo in fructibus & usuris; quæ interim ex re, corpore vel pecunia percipi potuissent. 3. loco, si quis alibi & extra locum contractui adiectum moveat actionem: cuius ratio *d.* §. 34. *vers. ideo autem,* quod reus damnū sentiat si alio loco solvere teneatur: cuius porrò ratio redditur, tum quod res diverso pretio in diversis locis distrahantur & emantur, tum quod pecunia diversis locis sub gravioribus aut levioribus usuris fœnori elocetur & accipiatur. Eoque ne reus perpetuo eludere possit actorem, prodita est arbitraria actio, qua liceat alibi experiri, de qua actum est supra *part.* 1. *disp.* 23. *th.* 3. *cum* 3. *seq.* Denique 4. plus petitur causa, si quis ex obligatione alternativa vel generali, unam & certam speciem petat: quoniam hic electio est promissoris, qui potest solvere quod minus est, ita ut minus censeatur non quod revera minoris pretii est, sed quod reus pro minori habet, & solvere mavult, ut expresse docet Justin. *in d.* §. *plus autem* 34. *inst.* Qui autem horum modorum aliquo plus petiisset, jure veteri causa cadebat & rem amittebat, ut idem docet *Iustin. in* §. *si quis agens* 33. *inst. d. action.*

& in

& in §. temporales 10. *Inst. d. except.* Cuius rei ratio pendebat à formula quam prętor iuxta petitionem actoris dabat, & judex pedaneus formulæ addictus subsequi tenebatur. Etenim V. C. si is cui 50. vel post annum debebantur, 100. vel hodie sibi dari petiisset, prætor in hæc verba formulam concipiebat, *si apparet reum* 100. *vel hodie debere, iudex condemna.* Hic si postea reus judici pedaneo approbasset, se non 100.. non hodie debere, judex necessariò reum absolvebat: ideoque actori licet postmodum 50. tantum vel post annum petenti, obstabat exceptio rei iudicatæ: quod etiam explicatum *supra part.* 1. *disp.* 4 *th.* 13 *lit.* D. Eadem ratio erat si plus causa, id est ex obligatione generali vel alternativa res unica vel certa petita fuisset.

Et ex his & traditis *d. disp.* 4. infertur 1. vitiosè à Tr. separatim sub duabus literis proponi exceptionem plus petitionis & pacti temporalis, quæ differunt ut genus & species: quoniam qui ante tempus petit contra pactum conventum utique tempore plus petit *d.* §. *plus autem* 34. *Inst. d. action.* Et frustra est Zanger. à Tr. citatus qui *in* §. *temporales I st. d. except. de tertio genere except. dilator. except.* 3. *n.* 3. istas exceptiones ita distinguit, quod exceptio plus petitionis tempore, locum habeat, ubi ab initio obligationi dies adiectus fuit, sed exceptio pacti temporalis, ubi obligationi puræ postea pactum adiectum fuit. Etenim quoad alios effectus interest quidem, an obligatio initio diem adiectum habuerit necne, sed minimè omnium efficit, ut non dicatur plus petere tempore, qui petit ante tempus pacto determinatum: neque dubium est, quin hic quoque inciderit olim in periculum plus petitionis, quod & expressum est *in* §. *temporales Inst. d. except.* potest autem per subdistinctionem dici, quod duobus modis plus petatur tempore, videlicet si vel initio adiecta fuerit dies, vel postea pactum de non petendo intra certum tempus, adiectum. Nec minus perspicuè offendit Zanger. *d. loc.* dum ait si conditionem habeat obligatio, statim reum obligari: quod quidem omninò falsum est, de quo *d. disp. seq. th.* 6. Infertur 2. quod exceptio plus petitionis jure veteri effectu erat peréptoria, quia faciebat ut reus causa caderet: sed hodie dilatoria est, & præcipuè exceptio plus petitionis tempore, propter quam actor altero tãto tempore expectare cogitur: cæteræ autem non eo modo dilatoriæ sunt, quoniam actio

statim resarcito damno & expensis prȩstitis iterum moveri potest *argumen.§.sed hac quioem 35.Institut. d. action.* Infertur 3. veram videri contra Treut. communem Dd. sententiam, quod adiecta clausula, salvo jure superflui actor evitet periculum plus petitionis: quoniam ut explicatum supra *part. 1. disputat. 4. thes. 13. lit. D.* periculum istud cessabat, si actor formulæ inseri curavisset, *cuius pecunia dies venisset.* Infertur denique 4. falsum esse quod post Zanger. docet Treut. exceptionem plus petitionis tantum posse opponi ante litem contestatam, eique videri renunciatum, si reus ea omissa litem fuerit contestatus. Hoc quidem ex ratione juris veteris ita falsum est, ut contrario modo exceptione hac ante litem contestatam, & ante formulam à prætore datam & judicium constitutum, opposita, periculum plus petitionis cessaret, *per not. dict. loco.* Accedit, quod vulgo receptum est, eas tantum exceptiones dilatorias, quæ concernunt processum, ante litem contestatam obiiciendas & discutiendas esse, cæteras etiam post litem contestatam rectè opponi, cum quodammodo essentia sua conveniant cum exceptionibus peremtoriis.

LIT. D.

Exc. litis pendentis.

Litis pendentis.] Hac uti ait reum, si lis ea de re quæ in judicium deducitur, coram alio judice pendeat. Atquin 1. hæc exceptio non videtur esse alia quam exceptio præventionis, de qua actum *thes. 2.* quoniam hoc operatur litis pendentia, ut judex alter concurrens excludatur, & qui cœpit, causam porrò cognoscat, sive sit ordinarius sive delegatus: quoniam & hoc operatur citatio & lis pendens, ut etiam mortuo mandante delegatus in causa progredi possit, juxta tradita supra *part. 1. disp. 4. th. 9. lit. A.* Et hinc sequitur 2. male referri hanc exceptionem sub classem earum exceptionum dilatoriarum, quæ ipsam actionem & causam concernunt: quia imò processum & constitutionem judicij concernit: est quidem & alia exceptio litis pendentis, quæ parti opponitur, cui post lit. cont. privilegium fori quæsitum est: sed apparet Treut. qui alterius judicis coram quo lis pendeat, meminit, de ea commodè explicari non posse: & ista quoque exceptio processum, non ipsam causam respicit. An autem citao inducat litis pendentiam, explicatum est supra *d. parte prima, disputatione quarta, thes. 3. lit. D.* qui locus ostendit non sufficere simplicem

plicem citationem, ſed requiri ut adiiciatur cauſa, quod aliàs reus citatus ad judicem concurrentem jure prætendere poſſit ſe ignoraſſe, an ſuper ead. cauſa ad alterum judicem fuiſſet vocatus.

Illud diffi ile eſt.] Ex allegatis colligitur hoc quæri, an per citationem ex *l. diffamari Cod. d. ingen. manumiſſ.* inducatur litis pendentia, & adeò præventio in cauſa principali, ita ut poſtea citatus diffamans intra terminum non poſſit inſtituere actionem principalem coram judice qui concurrentem habet jurisdictionem cum eo qui citavit *ex l. diffamari.* Quod negant citati à Tr. **Covarr. 1. variar. reſolut. 18. num. 6. Geil. libr. 1. obſervat. 11. Zanger. ad §. temporales 10. Inſtitut. except. de tertio genere exception. dilator. except. 4 num. 4.** ex hac ratione, quod judicium principale ſit plane diverſum & ſeparatum à judicio illo præambulo, quod vocăt diffamationis, ideòq; citato diffamatori maneat electio ſalva coram quo judicium principale inſtituere velit: cum etiam novum planè videatur, ut per factum rei inducatur litis pendentia. Quamvis in contrarium moveat hoc ipſum, quod judicium diffamationis re vera judicium non eſt, ſed judicii principalis præparatorium, ut non abſurdum videri debeat, ſi judicem qui ſemel citavit præveniſſe & præoccupaſſe dicamus, poſtquam hoc permiſſum eſt diffamato, ut diffamantem comparere aut agere aut tacere cogat: & poſſet aliàs ſententia judicis illius qui à diffamante aditus citavit, eludi, ſi apud alium judicem liceat agere, qui fortaſſis etiam poſt terminum ab altero judice præfixum diffamantem ſit auditurus: ſed & amplius, cuius eſt præfigere agendi terminum, eius etiam quoad illam actionem juriſdictio fundata eſſe videtur. Porrò cum Treut. priorem opinionem amplectatur, emendandus apud eum erit error typographicus, & ita legendum, ***ne liceat diffamanti vel diffamatori, ſi fortè habeat duos judices*** (videlicet diffamatus, aut impropriè dicendum eſt habere duos judices, qui coram duobus aliquem convenire poteſt) ***coram alio agere, puto electionem diffamanti dandam &c.*** quomodo quidem legendum eſſe tum ex autoribus à Tr. citatis apparet, tum ratio ipſa ſuadet, tum evincunt verba mox ſequentia, ***cum in principali cauſa is videlicet diffamans, fiat actor.*** Parum autem huc videtur pertinere à Tr. cit. ***l ult. C. ubi in rem actio.*** (puto autem eum citare voluiſſe ***l. 2.***) ubi qui poſſeſſor

erat,

erat, poſtquam ob eius contumaciam in alium translata eſt poſſeſſio, petitoris partes ſuſcipere neceſſe habet.

LIT. E.

Libelli obſcuri | Libelli obſcuri] Exceptio hæc magis videtur concernere proceſſum: nam ſicut reus obiecta exceptione contumaciæ, quod actor abeſt, abſolvitur ab obſervatione judicii, ut notatum eſt *theſ. præcedent. lit. A.* ita hic quoque obiecta exceptione hac, ut notat *Iaſ. in § omnium Inſt. d. act. n 125. & ſeqq.* ubi monet reum ne petat libellum declarari, & V. C. adiici cauſam, ſed ut ſimpliciter dicat libellum non procedere, ſeque ab inſtantia abſolvi: &, quod magis hanc ſententiam confirmat, idem Jaſon tradit, quod huic exceptioni tantum ſit locus ante litem conteſtatam.

LIT. F.

Exc. Excuſſionis | *Excep'io excuſſionis & ordinis.*] Exceptiones has tanquam diverſas à Tr. proponi ex eo manifeſtum eſt, quod allegat *Geil. 1. obſ.* 26. (ſed puto allegare voluiſſe *cap* 27.) tanquam hic quoad exceptionem excuſſionis cum ipſo conſentiat, ſed quoad ordinis exceptionem diſſentiat. Sed enim Geil. cit. loco pro eadem *habet* exceptionem ordinis & diſcuſſionis: ſiquidem nihil aliud *eſt* ordinis exceptio, quam quia intendit reus, prius eſſe conveniendum & excutiendum reum principalem, per textus ab ipſo Tr. citatos *in Nov. 4. c 1. auth. præſente. C. d. fideiuſſor* Et citatus Geil. exceptionem hanc dilatoriam eſſe docet, ſed iſtud cõtroverſum eſſe, an etiam poſt litem conteſtatam poſſit opponi: quod ipſe humanius eſſe affirmat: & planè vitioſa conſequentia eſt, poteſt opponi poſt litem conteſtatam, ergo eſt peremptoria: quod apparet exemplo exceptionis pacti temporalis, & iam dicta collectio in iis demum exceptionibus locum habet, quæ concernunt proceſſum. Utique cum litis conteſtatio ſit contradictio, qua quis petita fieri, ſeque condemnari debere negat, nihil impedire videtur, quominus exceptio hęc ordinis poſt litem cõteſtatam obiici poſſit: & generaliter fortaſſis quis rectè dixerit, exceptiones quæ ipſam intentionem oppugnant, rectè opponi poſt litem conteſtatam, utcunque ſint dilatoriæ: inter quas rectè puto referri exceptionem hanc excuſſionis, ratione intentionis & modi quo opponitur, & illius temporis quo convenitur fideiuſſor qui non ſimpliciter negat condemnari ſe debere, ſed interim, dum excutitur

reus

reus principalis: licet ex accidenti esse possit peremtoria, si reus principalis deprehendatur esse solvendo: quo forte respexit *gl in.l. 2. §. ult. h t.* dum anomalam hanc exceptionem esse affirmat: adde. not. *inf. disp. 28. th. 5. lit. C. & D.*

Cessionis sane] Hanc exceptionem peremtoriam esse ait Tr. videlicet, ut apparet ex citatis *Zas. in. l. 2. §. ult. num.* 17. *h. t.* textu *in l. si fideiussores* 41. §. 1. *d. fideiussor.* ea exceptio, quæ aliàs cedendarum actionum appellatur, qua V. C. fideiussor vel alius correus in solidum conventus, contra correum actionem sibi cedi petit. Sed in eo manifestè labitur Zas. ibidem, existimans istam exceptionem non posse opponi post sententiam: siquidem JCtus *in d. l.* 41. expresse tradit, quod V. C. fideiussor condemnatus, si ceperit conveniri judicati, adhuc istam exceptionem rectè opponat: cuius rei non obscura ratio est, quod creditor ante solutionem adhuc habet actiones *l. modestinus.* 76. *d solution.* quas merito cedere tenetur. Et hinc probatur quod alibi disputavimus per sententiam non tolli obligationem. Alia est exceptio cessionis, qua utitur qui bonis cessit, quæ pertinet sub commune genus exceptionis competentiæ, *de qua agitur lit.* H.

LIT. G.

Exceptio spolii.] Hæc opponitur à reo convento tum civiliter tum criminaliter, *cap.* 1. *d. restit. spoliat. in* 6. Illo casu attenditur & admittitur, si reus prætendat se spoliatum ab ipso actore, secus si à tertio. Hoc admittitur à quocunque reus sit spoliatus, ut ante restitutionem respondere accusatori non teneatur, si modò omnibus bonis vel majori eorum parte spoliatus fuerit: quoniam ut ait *Pontifex in d. cap.* 1. non debet exui jam nudatus: adeoque ista decisio videri possit accipienda de judicio criminali instituto ad pœnam pecuniariam non corporalem: sed textus generalitas repugnat, quem etiam ita accipit gl. ibid. non adeo absurdè, si crimen non notorium proponas: maximè cum species iniquitatis, si qua hic est, hinc tollatur, quod juxta *d. cap* reus qui allegat spoliū juxta certum terminum præfixum tenetur agere contra spoliatorem, quod si non faciat, non obstante exceptione spolij poterit conveniri, ne præsertim aliàs in potestate rei sit eludere actionem & ita delicta maneant impunita. Illud autem in priori casu rei civiliter conventi dubitari possit, quoniam hic sufficit in re aliqua

singulari reum spoliatum esse, an tantum obstet exceptio spolii, si actor conveniat aliquem super ea re in qua ipse dicitur commisisse spolium, an verò etiamsi super alia re & ex separata plane causa actionem quis instituerit: veluti si actorem qui ex mutuo à me petit centum, fundo me spoliasse dicam, an hac exceptione ipsum repellere possim, ut nonnisi prius restituto fundo super causa mutui cogar respondere. Et illud probabilius videtur, quoniam quæstio planè diversa & separata non videtur jure obiici posse, sed connexa: quomodo in specie *capit. secundi d. ordine cognition.* nobiles quorum violentiam in castrum suum commissam accusat Abbas, obiiciunt, quod maiores sui illud castrum tenuerint, eoque fuerint spoliati, & proinde juxta regulam *d. capit. 2. & cap. ultim. eodem titulo.* non putant se ullatenus respondere teneri, ante factam restitutionem: & potest quis adhuc rem tenere, & nihilominus tamen alterius violentiam & turbationem accusare. Attamen posterius magis probat *gl. in d. cap.* 1 *d. restitut. spoliat.* pro qua facit hæc ratio, quod hæc exceptio spolii est dilatoria ut rectè Tr. hic, & probatur *ex d. cap.* 2. *& ultim. d. ord. cognit.* atquin quoad ipsam rem quam per spolium abstulit actor, videtur esse peremtoria *argum. l. si quando C. unde vi*, juxta quam spolians etiam dominium, quod habuit, perdit. Sed responderi potest, vel quod exceptio spolii nihil petat, sed tantum actionem differri efficiat, vel ut *d. gl.* notat, *& eod* redit, quod effectus privationis contingat, per condictionem ex lege, non ex interdicto vel exceptione. Neque tamen absurda est hæc posterior opinio, siquidem necessitas imponitur reo probandi spolium intra brevissimum tempus quindecim dierum: idque ipsum facit confirmandæ huic sententiæ, quod aliàs absurdum videatur, tam brevi tempore probandi facultatem concludi: & facit quod Pontifex *in pr. d. cap.* 1. per istam spolii exceptionem causas multas turbatas & impeditas fuisse affirmat. Rectè autem puto dici à Tr. quod hæc exceptio spolii non possit obiici post litem contestatam: quia *in d. c. 2. & ult.* dicitur non teneri respondere reum actori ante restitutionem, qui autem litem contestatur utiq; respondet actori. Frivola autem limitatio est Tr. nisi spoliatio facta sit post litem contestatam: quoniam exceptioni nondum competenti non potest videri renuntiatum: & illa altera eiusdem penè farinæ, nisi post litem contestatam pervenerit in

no-

notitiam rei: nam hoc quoque in meris dilatoriis processum concernentibus V. C. suspecti judicis, obtinet, ut si post litem contestatam demum innotescat reo, rectè tum opponatur. Tertia limitatio Tr. est, nisi intra quindecim dies absolvi probatio non possit: quæ non est eiusdem conditionis cum præced. quoniam si illis casibus exceptionem judex non admittat, proculdubio reo injuriam fecerit: sed posterius arbitrarium est, ut judex cognita causa statuat, an prorogatio sit admittenda. Illud autem non animadverto quomodo verum sit quod ait Tr. angustum istum terminum esse statutum in odium spoliatoris: quoniam hoc potius ad ipsius favorem spectat, si postea non admittatur reus. Et nimirum ratio angusti termini perspicuè satis colligitur *ex capite primo d. resti ut. spoliat. in 6.* ubi Pontifex ait quod multi sæpe impediendis & turbandis processibus eam exceptionem opponant: quam facultatem constringi vel ideo odiosum & iniquum haberi non debet, quia nihilominus salva manet spoliato actio contra spoliatorem: & hoc vel maximè rationis est juxta posteriorem sententiam, quam paulò ante proposuimus: adde Zanger. & alios ab eo citatos *in §. temporales. Inst. d. except. de tertio genere exception. dilator. except. 3. per totum.*

LIT. H.

In quantum facere potest.] Hæc exceptio vulgo appellatur competentiæ, & tribuitur qualitati personæ, idq; tum propter reverentiam quæ ei debetur, tum propter miserationem: & facit ut reus condemnetur non in solidum, sed quantum facere potest, id est, ut ei relinquatur aliquid quod sufficiat ad alimenta & victum *arg. l. cum ex causa* 30. *d. re judic.* & hoc dupliciter vel ut prius deducatur æs alienum quod aliis debet, vel non deducatur: illud locum habet in eo solo qui ex liberalitate sua convenitur §. *sed et si*. 40. *Inst. d. act. l.* 19. §. 1. *l. & exhæredatum* 49 *inf. d. re iud.* Reverentiæ ratio est in marito, parente, patrono § *item si* 39. *cum* § *seq Inst. d. act.* itemque in socio *d.* § 40. quod tamen de socio universorum bonorum videtur accipiendum, vel in particulari, si ex ipsa causa societatis non ex aliis conveniatur, quomodo inter se conciliare solent Dd. textus *in l. verum est* 63. *in pr. pro socio, & in l.* 16 *d. re iud.* Commiseratio spectatur in eo qui jam cessit bonis, ne super postea quæsitis in solidum conveniatur §. *ult. Inst. d. act.* Miles autem speciali favore militiæ

Except. competentiae

eodem privilegio gaudet *l. 6. d. rei iudic.* & de hac re aliquid etiam dictum est supra *disp. 33. th. ult. lit. A.* Quæritur autem hic, an exceptio ista sit peremtoria an dilatoria: & posterius rectè affirmat Tr. quoniam minimè perimit actionem, sed imò tenetur reus solvere quantùm potest, sed propter paupertatem & concurrentem sive reverentiam sive commiserationem ipsi alimenta relinquuntur: sicut nemo dixerit peremtoriam esse exceptionem, qua quis propter paupertatem excludit agentem, juxta illud, quod inanis sit actio quam excludit inopia rei. Et quod illam partem quam non potest consequi actor, cuius intuitu hæc quæstio tractatur, constat superesse actionem tum contra ipsum semel conventum, si ad meliorem pervenerit fortunam, tum contra hæredes & fideiussores quibus hæc exceptio non prodest *l. 24. & 25. de re iudic.* Ideoque vitiosa fuit ratio Johannis relata ab *Accurs. in l. 3. h. t.* quod ea quoque sit exceptio peremtoria, quæ perimit partem: facit & huc quod hac exceptione tutus si solidum solvat nihil repetit *l. nam & maritus 9. d. condict. indeb.* quod in exceptione peremtoria secus est *l. qui exceptionem 40. d. condict. indeb.* Neque obstat quod hæc exceptio etiam post litem contestatam opponi potest: quoniam ut ante opponantur & excutiantur non est de omnium dilatoriarum essentia, sed quod evitari possunt *l. 3. h. t.* cæterum ita privilegiata hæc exceptio est, vt etiam post sententiam in puncto executionis ei sit locus *l. 17. § ult. sol matr. l. 18. & 41. § ult. d. re iud.*

LIT. I.

Exc. sub vel obreptionis.

Et similes] Tres species exceptionum hic refert Tr. 1. sub & obreptionis: quæ potius processum concernere videtur, videlicet male impetratæ actionis, sicuti quæ olim non factæ impetrationis obstabat exceptio *l. 2. C. d. formul.* non ipsam causam sed processum respexit. Idque firmatur ex ipso cit. *Zanger. in § temporales Inst. d. except.* in tertio genere *excep. dilat. except. 8. num. 2.* ubi distinguit an hæc exceptio opponatur contra mandatum seu rescriptum ad cognitionem judiciariam pertinens, veluti quod sit à judice incompetente emissum: an verò arguatur falsitas eorum quę in mandato continentur. Et hanc ait esse peremtoriam, illam autem dilatoriam: sed in eo errat quod refert sub dilatorias quæ causam concernunt: cum tamen utique incompetentiæ exceptio & aliæ id genus, respiciant processum. Secunda exceptio est appellatio-

lationis non devolutæ: quam non dubito & ipsam malè sub hanc classem referri, per ea ipsa quæ notat *Zanger. d loc.except.9.* ubi eam comparat cum exceptione declinatoria fori, & quod utrobique de causa competentiæ & jurisdictionis suæ cognoscat. Tertia exceptio est non præstitæ cautionis: quæ itidem referenda est sub classem exceptionum quæ respiciunt processum, quoniam nihil hic opponitur contra intentionem vel actionem, sed negat quis se teneri respondere, donec sufficienter caveatur.

THESIS V.

LIT. A.

Sequuntur exceptiones peremtoriæ, quarum vulgata distinctio est, quod vel à principio nascuntur, vel postea existunt: quoniam aliquando ab initio vitium inhæret obligationi, aliquando ei rectè constitutæ postea accidit. Illarum autem subdistinctionem, quod aliæ nascantur ex eo quod factum est, aliæ ex persona debitoris vel creditoris, non valde moror: & sane membra hæc non sunt sibi opposita, & etiam quæ postea existunt sunt ex facto, sed & exceptio doli etiam postea existere potest, velut in specie *l.36.d.V.O. l.3.§.& generaliter.5.d.dol except.* quin & exceptio non numeratæ pecuniæ minus rectè dicitur esse ex facto, & illud nimis generaliter & indefinitè dicitur, nasci ex aliquo quod factum est: sed & amplius exceptio metus & doli potest dici desumi à persona actoris vel creditoris, qui aliquem circumvenit, aut vim intulit. Et parum referre videtur, hoc an illo modo exceptiones dividantur, & aliæ à qualitate vel inhabilitate personæ, aliæ ab accidenti aliquo vel conventione etiam partium desumi dicantur. Exc. Peremtoriæ.

LIT. B. & C.

Exceptio metus concurrit cum exceptione doli, quoniam violentiæ inest dolus *l.14 §.eum qui 13. quod met. caus.* sed & sola subsistit, si agat tertius qui vim non intulit, quoniam hæc exceptio in rem est, ut explicat JCtus *in l.4.§.pen.d.dol.except.* quo respectu utiliorem hanc exceptionem esse ait Tr. & inde infert, nec patrono nec parenti eam posse opponi. Atquin imò contrarium potius concludendum videbatur, cum non arguat dolum vel fa- Exc. metus caus.

ctum personæ, sed simpliciter metum illatum esse dicat, tanto facilius his personis eam obiici posse. Quo argumento *Angel. in* § 1. *Instit. h. t. num.* 19. exceptionem doli liberis & libertis negat *l* 4. §. *adversus* 16 *d. dol. except.* sed *ibid. num* 42. exceptionem metus simpliciter iis concedit: quem sequitur *ibid. Zang. num.* 40. quoniam cessat dispositio cessante eius ratione, quæ colligitur *ex d.* §. 16. ne sugilletur fama patronorum aut parentum: quod non fit obiecta exceptione in rem. Neq; adeò ad hanc exceptionem pertinere potest, quod *in d.* §. 16. negatur exceptio doli, & aliæ similes, videlicet eiusdem conditionis, & quæ pariter ac exceptio doli famam earum personarum lædant. Et inducit Angel. pro opinione sua textum *in d. l.* 4. § *ult. d. except. dol.* ex quo à contrario sensu colligit extra causas peculiares, & à filio qui in potestate non est, exceptionem metus patri opponi posse: & sane *in d.* §. *ult.* non ideo negatur exceptio contra patrem, quod fama eius lædatur, sed quia patri jus est, in peculiaribus rebus videlicet profectitiis, conditionem liberorum pro jure suo facere deteriorem.

Porro an dolus vel metus causam dantes contractibus bonæ fidei reddant eos ipso jure nullos, explicatum est supra *part.* 1. *disp.* 28 *th.* 2. Planè vitiosè hoc, quod ipso jure nulli fiant retulit *Tr. sub* hanc lit. B. sub qua indistinctè proponit exceptionem metus, sicut lit. seq. C. exceptionem doli, qua lit. utramque hanc exceptionem, restringit ad contractus stricti juris, & adeò in contractibus bonæ fidei his exceptionibus locum negat. Quod tamen inadvertenter ab ipso factum est, quoniam utcunq; per dolum qui causam dedit contractui bonæ fidei, cõtractus ipso jure nullos reddi statuamus, utique tamen exceptio doli incidentis, qui etiam initio contractus intervenire potest, in istis contractibus locum inveniet. Quin & amplius, exceptionem competere & contractum nullum esse, videri possint non esse contraria *per l.* 3 *d. resc. vend.* ubi dicitur exceptionem inesse judicio, & ex emto agi non posse: quod explicavimus *d. part.* 1. *disput.* 28 *th* 2. quo lectorem cupimus remissum. vitiosa repetitio est lit. B. dolus & metus causam dantes contractui bonæ fidei, eum vitiant: & lit. C. contractus bonæ fidei dolo vel metu causatus ipso jure est nullus.

Illa verò explicatio d. lit. C. contractus ipso jure est nullus, id est, non opus est, exceptionem doli vel metus initio contestari, pror-

ti, prorsus est vitiosa, & evertit ipsam Tr. sententiam, qua contractus ipso jure nullos esse statuit: siquidem exceptionem quomodocunque opponi, repugnat nullitati contractus: & contradictionem hoc implicat, quod Tr. exceptionem doli & metus restringit ad contractus stricti juris, & in contractibus bonæ fidei, eo quod hi ipso jure nulli sint, locum istis exceptionibus negat: & tamen in eo nullitatem positam esse dicit, quod exceptionem initio contestari non sit necesse, siquidem ex hoc ipso necessariò efficitur, quod exceptio habeat locum. Et ex hac sententia sequeretur, ubicunque exceptio initio proponenda necessario non est, contractum ipso jure esse nullum: quod perspicuè falsum est: siquidem diversa ratio & modus proponendi exceptionem, non potest inducere validitatem aut nullitatem contractus: & amplius refutatur hoc per receptissimam sententiam, quod exceptiones peremtoriæ in quacunque judicii parte usque ad sententiam opponi possint: quæ fundatur *in l. 2. sentent rescindi non posse*: & jam plurimis locis ostendimus, exceptiones pacti doli &c. etiam initio omissas, neque formulæ insertas à prætore, in bonæ fidei judiciis, nihilominus apud judicem pedaneum opponi potuisse, idque est quod vulgo dicitur, exceptiones bonæ fidei judiciis inesse: ridiculum autem fuerit dicere contractus omnes & conventiones bonæ fidei his casibus ipso jure esse nullos. Sed hoc nimirum ostendimus *d. part. 1. disp. 28. thes. 2.* exceptiones V.C. doli incidentis & similes, propositas apud prætorem effecisse, ut contractus bonæ fidei viderentur fuisse nulli: quoniam clausula ex bona fide, quæ actionibus istis inserebatur, cum dolo sese non compatiebatur: ideoque prætorem hoc casu rectâ solitum fuisse denegare actionem: unde dicto loco explicavimus locum obscurum *in l. 3. d. resc. vend.*

Exposcit autem hic locus, ut de sententia & interpretatione *d. l. 2. Cod. sentent. rescind non posse* quæ non usque adeò expedita videtur, aliquid dicamus. Et nimirum ut jam cœpimus dicere, hæc olim differentia erat judiciorum bonæ fidei & stricti juris, quod in his necessum erat, à reo proponi in jure apud prætorem omnes omninò exceptiones, ut nominatim formulæ insererentur: V. C. *si paret reum dare oportere, vel centum ex mutuo debere, nisi pactus est vel juravit &c. iudex condemna*: quod aliàs judex cui formula præscri-

præſcribebatur ſtrictè in his judiciis ſervanda, exceptiones admittere non poterat. Sed in bonæ fidei judiciis, etiam apud prætorem exceptiones omiſſæ, apud judicem pedaneum poterant proponi, quoniam inerant judicio, ideoque officio judicis reis ſuccurrebatur, qui ſcilicet audiebat exceptiones, licet apud prætorem nulla earum mentio facta fuiſſet: quæ ſententia, ut alibi pluribus explicatum eſt *l. plane* 38. *& l. ult d. petit. hæred.* His autem refragari videtur *d. l.* 2. *C. ſentent. reſc. non poſſe*, ubi in genere traditur, ante & uſque ad ſententiam, exceptiones peremtorias opponi poſſe: quod difficile imò abſurdum ſit reſtringere ad judicia bonæ fidei. Quin contra *d. l.* 2. pugnare videntur eorundem Impp. conſtitutiones *in l.* 8. *C. d. except. l. emtor. C d. præſcript. long. temp.* quibus locis requiritur, ut reus initio exceptionem peremtoriam conteſtetur. Neque enim placet quod Accurſ. *in d. l.* 8. notat iſtud eſſe non neceſſitatis ſed arbitrij & voluntatis. Etenim cum dicitur ſufficere ut initio conteſtatio earum exceptionum fiat, hoc dici intelligimus, non quidem neceſſe eſſe ut ſtatim probentur, ſed hoc ſaltem ut initio proponantur. Neque iſtud ſatis expeditum videtur, quod *in d. l.* 2. dicitur, ſi aliter factum ſit, reſtitutionem in integrum concedi. Et porrò tamen apparet *ex d. l.* 8. *C. d except.* omiſſam etiam dici exceptionem, quam initio quis conteſtatus fuit: ita enim habent verba textus: *peremtoriam exceptionem quam initio conteſtare ſufficit, omiſſam proponi poſſe &c.* in quo convenit cum *d. l.* 2. ut neceſſum ſit ambiguitatem eſſe in verbis, *omiſſam exceptionem*. Videtur rectè dici poſſe, *in d. l.* 2. *&* 8. ab initio conteſtari exceptionem, nihil aliud eſſe, quam, ut & Accurſ. notavit, deſuper quodammodo proteſtari, & eius probationem ſibi reſervare, ſi fortè actor intentionem ſuam impleverit: omiſſam autem dici, cuius V. C. circa litis conteſtationem, productionem teſtium, inſtrumentorum, & in alijs judicij partibus nulla mentio & repetitio facta fuit, ut hoc non obſtante nihilominus ante ſententiam opponi poſſit: quod ſi judex fortaſſis reſpiciens ad juris veteris rationem, non admiſerit, & ſententiam protulerit, reo per reſtitutionem in integrum ſuccurrendum eſſe. Sed quod caput rei eſt, rationem, nodum ſupra propoſitum extricandi ſuppeditari exiſtimo ex inſcriptione horum textuum *l. emtor. C. d. long. tempor. præſcript. l.* 8. *C. d. except. l.* 2. *C ſentent. reſcind. non poſſe.* quæ leges præferunt

ferunt autores Impp. Diocletianum & Maximianum, à quibus primò antiqua ratio procedendi & judices dandi, sublata, & constitutum videtur, ut ipsi magistratus cognoscerent & iudicarent *argum l. 2. C. d pedan. iudic.* Cum itaque exinde qui iudicabant simul & prætoris sive proconsulis & judicis pedanei partes sustinerent, neque amplius formulæ componerentur & darentur, simul & hoc consequutum est, ut ratio proponendi exceptiones mutaretur, & loco eius, quod antea apud prætorem proponendæ & formulæ inferendæ erant, succederet simplex contestatio apud magistratū: & proinde sicut exceptiones quas formulæ inseri curaverat reus, postea in quacūq; judicii parte poterant quasi repeti & probari apud judicem pedaneum: ita post eodem modo illæ, quas reus initio apud magistratum erat contestatus. Et hinc quod de edicto perpetuo dicitur *in d. l. 2. C. sentent. rescind. non posse*, accipiendum est de edicto perpetuo per interpretationem ex identitate proportionata rationis ad jus novum accommodato & explicato. Ex quibus apparet, quod *d. l. 2. & 8.* potius ad actiones stricti juris referendæ videantur, quoniam in bonæ fidei judiciis exceptiones initio proponere non erat necessum: quamvis non immerito quis existimaverit, mutato veteri processu, cum idem esset & magistratus & judicis pedanei loco, omnium exceptionum eandem rationem haberi cœpisse. Illud sane postea obtinuit, ut quod paulo ante ex Accurs. retulimus contestatio exceptionū, non necessaria, sed magis arbitraria & voluntaria haberetur: & nulla ratio est, quæ impedire debeat, quominus durante judicio coram eodem magistratu exceptiones possint opponi: v. hac de re & hodierna opponendi ratione *Zanger. d. except. part. 3. c. 26. n. 31. & seqq. & n. 51.* ubi testatur hodie contestatione aliqua opus non esse.

LIT. D.

Erroris.] Exceptio in factum est vel specialis vel generalis: illa est quam hic erroris appellat Justin. *ex §. 1. Inst. h. t.* ubi quis per errorem promisit, & hunc sive facti sive juris, ut rectè *Zanger. in d. §. 1.* utcunque enim eam sequamur sententiam, quod errore iuris solutum repeti non possit, exceptionem tamen convento non negabimus. Generalis dicitur, tum quia cum aliis exceptionibus concurrit veluti doli *l. 4. §. adversus 16. d. dol. except.* pecuniæ non

numeratæ *argum. l. cum ultra, ubi glos. Cod. d. non numer. pec.* tum quia deficientibus aliis exceptionibus ex æquitate in subsidium accommodatur *arg. l. 4. §. si à Titio 32. d. dol. except. & notat Angel in d. §. 1. Inst. h. t. n. ult.*

LIT. E.

Non num. pecunia

Non numeratæ pecuniæ.] Confusius hoc proponit Tr. de creditore & debitore; huic exceptio, illi replicatio datur: & defensio ista aliquando reo & debitori tantum competit, aliquando creditori & actori tantum, aliquando utrique. Debitori tantũ datur exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium: creditori tãtum, replicatio non factæ solutionis, sive sortis sive usurarũ, quas apocha data debitor se accepisse cõfessus est, & hęc replicatio tantũ durat 30. diebus. Utrique, ut quidem *ibi gl. Salic* existimãt competit hæc defensio ex causa depositi, ubi super eo instrumentum confectum est: quoniam ita se habent verba Justin. *in l. 14. §. 1. C. d. non numer. pec* ut & de deponẽte qui rem recepit, & depositario, qui rem custodiendam accepit explicari possint. Variæ autem quæstiones à Dd. hic moveri solent: an post 30. dies admittatur creditor cum onere probãdi: an ante 30. dies creditor an debitor probare teneatur: quæ sit differentiæ ratio inter creditorem & debitorem, quod huic biennium, illi tantum 30. dies concedantur: & in specie an & quamdiu detur marito exceptio nõ numeratæ dotis, qua in repugnare videtur §. 1. *d. l. 14. C. d. non num. pec.* cum eiusdem *l. §. ult. inf.* quas remittimus *ad part. 1. disp. 20. th. 2.* ubi tractatur de mutuo quod Dd. appellãt civile ubi quis spe numerationis sequuturę pecuniã se accepisse chirographo dato confessus est. De illis constat, quod tẽpus biennii sit continuũ, itemq; ꝙ post bienniũ nõ creditor, sed debitor numerationẽ factam non fuisse, ꝓbare teneatur, de quo actũ *d. th. 2.* hoc n. æquitate suadẽte, cũ aliàs plane post biennium debitor condemnandus esse videretur, receptũ est, attestãtibus, *Cyn. in d. l. 14. n. 5. & ibid Bald. & Castr. & Salic. ibid. in §. super cæteris n. 15.* ut dubium videatur, quod Tr. ait, contrariam opinionem esse communẽ, licet hoc ita autoritate Emanuel. Soaretz affirmet *Zanger in §. 2. Inst. d. except. n. 24.* Subiicit autem Tr. aliter dissentire Azonẽ, qui hãc exceptionẽ referat inter temporales. Atquin hæc sententia tribuitur Azoni, quod post bienniũ nec cum onere probandi admittatur debitor: neq; alia hic dissensio est, nisi illorũ qui

debi-

debitorem post biennium admittunt: qui tamen non negāt hanc exceptionem esse tēporalem, & neq; contra expressos juris textus negare possunt, quatenus sc. obiecta hac exceptione creditor probare tenetur: illa n. extraordinaria est opponendi ratio, cum onere ,pbādi, quod difficilimum est, & rarò à debitore impleri potest: ideò verum est quod Cuiac. ait *in tract. d divers. præscr. c. 21.* hanc exceptionem biennio extingui.

Renunciari etiam.] Affirmativa sentētia, quod huic exceptioni renunciari possit *à gl. in l. 3. C. d. nonnum pec.* tribuitur Azoni, sed contra quam putāt Tr. ab eâd. magis improbatur, & renuntiationem invalidam esse his rationibus confirmatur. 1. quoniam ita remittatur dolus futurus quod fieri non potest *l. 27. §. 4. d. pact.* 2. quia chirographi condictio datur *l si quasi 7. C. d. non num. pec.* condictio autem 30. annis durare videtur. 3. quia renunciatio facta intelligatur spe numerationis sequuturæ, qua non sequuta ipsa quoque renunciatio nulla esse debet. 4. Quia qui non numeravit pecuniam obligatur ad reum liberandum & chirographum restituendum, obligatio autem non finitur tempore *l. 44. d. O. & A.* Et his tamen rationibus non difficulter occurri potest, ex hoc principali fundamento, quod præsumtio est contra reum, ex propria confessione, quod pecunia ipsi fuerit numerata: qua stante præsumtione, non potest videri per renuntiationem remissus dolus futurus, sed creditor sibi cavere voluisse contra malitiosum debitorem, qui intra biennium obiecta exceptione aut instituta condictione, ipsi probandi necessitatem, cuius facultas non semper est in proclivi, imponeret. Ideoque ex hypothesi non factæ numerationis aliquid momenti rationes gloss. habent: sed ex adverso ex hypothesi factæ numerationis nihil concludunt, & ultro ruit quod de dolo futuro & spe numerationis in prima & tertia ratione dicebatur. Porrò ex secund. ratione sequeretur, quod etiam citra renuntiationem exceptio semper locum haberet, & rectè Azo condictionem in hac specie non nisi biennio durare dixit, quod aliâs frustraneæ essent constitutiones, quæ exceptionem hanc biennio concluserunt. Quarta ratio nulla est, quoniam specialis & propria quædam obligatio est illa creditoris, quę etiam à lege certum terminum accipere potest, & quod dicitur *in l. 44. d. O. & A.* tempus non esse modū finiē-

dæ obligationis, in tempore à partibus adiecto verum est, potentius autem operatur lex, quæ procul dubio efficere potest, ut obligatio tempore finiatur. Nihil autem hic obstat, quod non videatur ante biennium præsumi contra debitorem, quippe qui onere probandi non gravatur: etenim ut responsum supra *part. 1. disp. 20. lib. 2* fit hoc propter qualitatem negativæ, cuius regulariter nulla probatio est. Quamvis autem videri possit nihil addi per renunciationem confessioni propriæ, quæ aliàs per se contra debitorem inducit præsumtionem, & amplius suspectus argui possit creditor, qui hanc renunciationem adiici curat: tamen ex adverso pro creditore dici potest, fraudem non esse præsumendam, & ut prædictum, ideo renunciationem factam præsumemus, ne ante biennium creditor probare teneatur. Et cum rationis sit, ut aliquid addat renunciatio, tantum eam operari dicemus, quantum operatur lapsus biennii, ut videlicet debitor agente creditore etiam ante biennium, numerationem factam non fuisse probare cogatur, quod & *Zanger. notat in §. 2. Institut. h. tit. n. 27,* licet requirere videatur, vel ut renunciationi accesserit juramentum, vel ut renuntiatio fuerit iterata: quod posterius probat *additionator ad gl. in l. 14. in pr. C. d. non numer. pec.* ad verba, *nullo modo:* vide *Mascard. d. probat. vol. 2. conclus. 695.* & plures citatos à *Zanger. d. loc.*

LIT. F&G.

De SCto Velleiano & Macedon. ex quibus exceptiones hæ quæ filiisfam. mutuum accipientibus & fœminis intercedentibus dantur, descendunt, agitur locis propriis supra *part. 1. disp. 20. & 25. & ibid.* de quæstione hic à Tr. obiter annexa, an & quatenus his exceptionibus renunciari possit *d. disputat. 20. thes. 7. lit. D. & d. disputat, 25. th s. 4. lit F.*

THESIS VI.

LIT. A.

Hæc altera classis est exceptionum peremptoriarum quæ postea existunt, & earum prima, exceptio rei venditæ & creditæ, quæ competit emtori & huius successoribus, & his cum universalibus tum particularibus sive singularibus, veluti emtori secundo

& com-

& competit contra venditorem, ſive ipſe vendiderit, ſive vendi mandaverit: ſi videlicet vel ipſe vel eius ſucceſſores rem venditam vindicare velint, cuius poſtea facti fuerũt domini, cum tempore contractus eſſet aliena *l. 1. & t. t. d. except. rei vend.* quoniam contra proprium factum ſuum venire non debent. Et oportet igitur, ut Tr. phraſin hanc, *poſtea exiſtere* non uno acceperit modo: quoniam hæc exceptio naſcitur ex jure, quod quis ex ipſa emtione, eamq; ſequuta traditione, per quam conſummatur contractus, eſt conſequutus.

In quo à permutatione differt.] Puto hoc ſignificare voluiſſe Tr. quod repetenti rem traditam ex cauſa permutationis non obſtet exceptio rei traditæ, quo minus eam reſtituere teneatur. Idq; ita ſe habet, non ubi utrinque res tradita eſt, ſed ex altera tantum parte: ſiquidem emtionis hæc natura eſt, ut licet pretium venditori ſolutum nondum ſit, tamen repetere rem non liceat, ſed ad pretium ſit agendum *l. 12. C d. rei vind.* quod ſecus eſt in permutatione, ex cuius cauſa non agitur ut res tradatur de qua conventum eſt, ſed ut intereſſe præſtetur vel res reſtituatur: ita ut in arbitrio ſit eius qui velit, an actione præſcriptis verbis intereſſe perſequi, an condictione cauſa data rem condicere velit, iuxta naturam reliquorum contractuum innominatorum.

Imò nequidem.] Quæſtio hæc an ob hoc pactum non obſervatum liceat recedere ab emtione, à Tr. tractata eſt ſupra *diſput. 2. theſ. 9 lit. A.* ubi oſtendimus nullam eſſe pugnam inter *l. 14. C. d. reſcind. vend.* & inter *l. 6. C. d pact. inter em. t.* quas hic etiam tanquam pugnantes adducit Tr.

Exceptio rei litigioſæ.] Non dubiè errat Treut. dum exceptionem hanc inter eas refert, quæ poſtea exiſtunt: quoniam imò tempore ipſius contractus hoc vitium inhærere & tum rem litigioſam eſſe oportet, ut poſtea eam vindicanti exceptio obſtet. An autem contractus ſuper re litigioſa ſit ipſo jure nullus, hinc alienum eſt & pertinet ad *part. 1. diſp. 12. d. iudic. th. 2. lit. A.* Quod addit de ignorante, pertinet ad hanc litigioſi exceptionem, quod vitium reale quodammodo eſt, ut non immerito hæc exceptio noceat omnibus qui talem rem acquiſiverũt: non autem locũ habet in pœna ſpeciali litigioſi, videlicet dupli, de qua ipſe *Cuiac. cit. in paratitl. C. d. litigioſ. in f. & ibidem in l. ult cum auth. ſeq.*

LIT. B.

Pacti conventi.] Et huius vel expressi vel taciti, de quo & eius speciebus agitur supra *disput. 6.* & extra rem est quod Tr. hic proponit, exemplum creditoris, ab uno correorum debendi partem accipientis, qui videlicet hoc ipso, ne partem alteram ab eodem peteret, tacitè pactus, & ita obligationem divisisse intelligatur: quod remittimus *ad d. disp.6 th.* 3. & ad eundem locum *th* 4. quod de trāsmissione huius exceptionis in hæredes hic ꝓponitur, quoniam pertinet ad distinctionem pactorum, in rem & in personam.

Nec necesse est ut causa subsit.] Expeditum hoc satis est, quoniā ut notatur *d. part. 1 disp.6. th. 1. inf* pactum est conventio sine causa, & ut plurimum in se habet donationem *l.1. d transact.* notat *Salic. in l. creditori.5. C d. pact. n 2.* Ex quo meo judicio rectè infert Tr. quod pactum eiusmodi remissoriū, si summa debita excedat 500. solidos, citra insinuationē non valeat: quæ sententia confirmatur *ex l.28.§.ult d pact.* quod scil. remittere debitum per pactum sine causa, sit donare: item ex *l. donari 29. §.1. d. donat.* ubi, remittere debitum, dicuntur esse verba donationis. Et ideò falsa est sententia contraria quam magis probat *Salic in d.l.6. C. d. pact. n.3.* ubi allegat hanc rationem, quod remissio facta per pactum, sit quidē donatio, sed donatio à lege probata, eoq; non indigeat alia judicis cognitione. Sed non intelligo, cuiusmodi sit hæc probatio, siquidē & pacta remissoria, & donationes in specie dictæ, jure permissæ sunt, sed ut subsistant intra modum legitimum: cæteroquin parata fraus esset constitutionibus, quæ volunt insinuari donationes, si quis V.C. alicui 600. solidos mutuos daret, & mox eidem pacto remitteret.

LIT. C.

Iurisiurandi.] Tres sunt species jurisiurandi, una necessarii sive suppletorii, ꝙ sine dubio sequitur sententia, ideoq; exceptione rei judicatæ reus absolutus defenditur: altera judicialis, post ꝙ itidem ex ratione juris sequitur sentētia definitiva, ex qua reo nascitur exceptio judicati: tertia voluntarii, quod vel planè extra judicium, vel apud prætorem in jure ante litem contestatam deferebatur: quo præstito super causa ad judicem pedaneum non ibatur, neq; sententia ferebatur, sed ex juramēto, hinc actio hinc exceptio nascebatur, ad instar exceptionis pacti, quoniā jusiurādum hoc

hoc ex simplici conventione descendit, eoq; naturalem obligationem tollit *l.95.§.4.d.solut.*& ad hanc speciem jurisiurādi edictū prætoris pertinere, ostendimus supra *part.1.disp.21.*

Datur hæc exceptio successoribus. Etiam in rem & singularibus *l.ait prætor 8. de iurei.* quod in actionibus in rem satis est perspicuū, V.C. si Titio petitore deferente juraverim rem meam esse, exceptio jurisiurādi etiam proderit ei qui à me fundum emit, si quandocunq; à Titio rei vindicatione conveniatur: quoniam exceptio hæc in rem est, neq; secus atq; exceptio pacti 21. *§. ult. & l. 22.d. pact.* ita hæc exceptio prodesse debet omnibus, quibus ut prosit interest iurantis: interest autem hic venditoris, contra quem evicto fundo regressum habiturus sit emtor: & ad hunc casum pertinet *l. 28. C. d. evict.* ubi de proprietate controversia mota emtori, defensiones venditoris emtori competere dicuntur. Verum non satis animadverto, quomodo ut vult Tr. idē obtineat si juratum sit super actione in personam: non quod etiam hoc casu exceptio personam jurantis egredi non possit, sed quod contra tertium & successorem singularem non possit actio in personā dari, ut proinde hic exceptione illa, qua ex persona autoris sui utatur, non habeat opus. Etenim si V.C. agente contra me Titio ex stipulatu, & petēte fundū, ego juraverim me fundum nō debere aut exceptio hæc non erit necessaria V.C. ei cui fundum vendidi, quoniam ex stipulatu conveniri non potest: aut si Titius emtorem rei vindicatione conveniat, non crediderim exceptione jurisiurandi Titium removeri posse: quoniam alia est agendi causa, & hæc simul consistere possunt, me ex stipulatu fundū non debere, & fundum non meum sed Titii esse: siquidem aliud est quærere de causa debiti ex stipulatu, & de dominii causa. Datur autem hæc exceptio contra eum, qui juramentum detulit, vel causam ab eo habet: ceteroquin V.C. si instituta rei vindicatione Sempronius possessor deferente juramētum petitore rem suam esse iuraverit, exceptio huius juramenti alteri postea vindicanti, cui facto alterius præjudicari nequit, proculdubio non obstabit.

LIT. D. E. & F.

Hæc propriis locis explicantur: & obiter saltem notandum sub lit. D. easdē personas intelligi vel præcisè, vel per subrogationem, si causam ab illis habeant inter quos res judicata fuit: idque conse-

consequitur ex illis quæ lit. præced. tradidit Tr. cum præsertim iusiurandum & res iudicata inter se soleant comparari *l. 2. d. iuret. iur. l. 56. d. re iudic.* & probatur *ex l. 28. C. d. evict.* quod exceptio iudicati quæsita venditori, etiam prosit emtori. Sub lit. E. vitium typographi est, & pro, *ei datur*, legendum, *ei opponitur*. vel, *contra eum datur*. Illud etiam ibi non capio, quid sit, *rem lite compositam*, quia per litem res componi non potest: nisi & hic legendum, *non sententia, sed transactione compositam*: & est ibi quædam tautologia, quoniam qui exceptionem transactionis opponit, nihil aliud dicere potest quam rem transactione compositam esse. De præscriptione, an ipso jure tollat obligationem, an ope exceptionis, dicemus infra *disp. 28. th. 3. lit. H & 29. th ult.*

THESIS VII.

LIT. A.

Duo capita principalia sunt huius thesis, & primum de jure & facultate plures exceptiones proponendi, iuxta *l. 5. & 8. h. t. l. nemo ex his 43. d. Reg. iur.* hoc effectu, ut si quis in una probanda defecerit, veluti solutionis, ad aliam, veluti pacti aut iurisiurandi recurrere non prohibeatur: quoniam aliàs non posset dici licere reo pluribus uti exceptionibus, quarum aliàs una probata sufficeret ad victoriam, idque bene confirmat *Covar. 1. var. resol. 2. n.* & tradunt *gl. Bart. Zas. & communiter Dd. in d. l. nemo 8. h. t.* qui tamen id limitant & præcipuè *Zas. n. 4. & Covarruv. d. cap. 2. n. 2. vers. probavimus*, nisi exceptiones sint prorsus incompatibiles & sese invicem destruentes, veluti si quis excipiat se solvisse actori Romæ, & adiiciat, se eodem die Carthagine cum creditore pactũ esse de non petendo: in quo genere contrarietatis, cõtra quam existimare videtur Tr. nec alternativæ quidem propositioni locus esse videtur, quod & non obscurè citatis locis Zas. & Covarr. scriptum reliquerunt. Et verò alternatio illa ad exceptiones diversas, quæ tamen & ipsæ contrarietatem quandam, quia simul veræ esse non possunt, in se habent, pertinere videtur: veluti, quo exemplo utitur Covarr. si reus defendendi sui causa alleget præscriptionem, privilegium, donationem & emtionem, hæc utique alternative proponi intelliguntur, ut si hac non possit, altera defendatur,

siqui-

siquidem non nisi ex uno illorum titulorum dominium acquiritur, & una etiam ex illis defensione probata, actor excludit: vel quod exemplum proponit Zas. si à quo lanx petitur eam se actori restituisse, vel præscripsisse proponat: quoniam cum utrumque verum esse non possit, alternativam obiectionem hanc esse oportet, & ita favorabiliter eam accipi Zas. notat, licet conjunctim plures exceptiones reus proposuerit. Et est tamen duplex diversitatis ratio proponendi exceptiones, vel plurium specierum, veluti si reus proponat exceptionem pacti, jurisiurandi, Macedoniani &c. vel generis & speciei, veluti si reus dicat se non teneri, se solvisse, pactum fecisse: licet ut supra notatum *th.* 1. ista allegatio, qua quis negat se teneri, sit exceptio intentionis & facti, non vera exceptio. De effectu autem duplicis istius modi proponendi, aliquid dicetur ad lit. B.

Porro sententiæ jam propositæ ex *l* 5. *&* 8. *D h. t.* multa & varia opponi solent, quæ notantur *à Bart. Zas. & aliis in d. l.* 8. & præcipuè *à gl. in l. nemo.* 43. *d. reg. iur.* Et 1. obiicitur *l. quoties.* 21. §. *prætor.* 2. *d. noxal. act. cum l. seq.* §. *ult. eod. tit. iuncta l.* 1. § *interdum* 15. *si quadrupes pauper.* juxta quos textus reus qui semel negavit rem suam esse, servum videlicet vel quadrupedem, quæ noxam fecisse dicuntur, convictus ea in potestate sua esse, amplius facultatem non habet servum noxæ dedendi, sed in solidam litis æstimationem condemnatur. 2. obiicitur *l. ult. d. rei vind.* ex qua si reus negaverit rem à se possideri, omninò ab eo contrarii convicto, possessio aufertur, & in adversarium transfertur. 3. obiicitur *Nov.* 18. *de triente & semisse cap. studium.* 8. *iuncta auth. contra qui propriam C. d. non numer. pec.* ubi is, qui negavit chirographum suum, aut eo agnito, numerationem factam, postea convictus, non potest opponere exceptionem solutionis, & licet hanc probare paratus sit, tamen in solidum condemnatur. 4. obiicitur *d. N.* 18. *cap. illud.* 10. *iuncta auth. item possessor C. qui potior. in pign.* ubi conventus V. C. hypothecaria actione, si rem neget esse alterius, convictus non auditur, etiamsi opponat se potiorem esse in pignore, sed possessionem restituere cogitur. 5. obiicitur *l. ult.* §. 1. *C. d. compensat.* ubi reo penè convicto negatur exceptio compensationis. 6. obiicitur §. *ult. in f. Inst. d. fideicommiss. hered.* ubi qui negavit se debere legatum, convictus non auditur, si postea nullitate aut invaliditate te-

stamenti excipere velit. 7. obiicitur *l. sed h. c ita. 22. §. 1. d. re iudic.* ubi qui negavit se socium, postea convictus non potest uti exceptione competentiæ, sed in solidum cōdemnatur. Adducit etiam Br. *in d. l. nemo 8. h. t.* textum in *l. 2. §. sed si alius, quando appell.* ex quo contraria allegans non auditur. Deniq; obiicitur *l. cum de indebito 25. in pr. d. probat.* ubi qui negavit se accepisse pecuniam, convictus non amplius dicere potest, pecuniam debitam fuisse, hoc effectu videlicet, ut actor indebitam fuisse probare teneatur, quod aliàs facere tenetur, si reus ab initio accepisse pecuniam fassus, debitam fuisse excipiat. Ad has exceptiones, responsiones tum generales tum speciales afferri possunt. Et. 1. responsio generalis est, quod liceat pluribus uti defensionibus, nisi lex impediat, *per l. 43. d. regul. iur.* ubi hoc notat *glos. & post eam Bart. Zas. & alii in l. 8. h. t.* 2. refert Bart. ibid. ex Dino hanc propositionem, quod quando assertio facta in una exceptione, non potest concurrere cum assertione vel negatione, facta in altera exceptione, tunc plures exceptiones non admitti: quæ regula licet improbata à Bart. ita accipi potest, si nullo modo exceptiones istæ consistere simul possint, sed se mutuo destruant: ita enim fiunt incompatibiles, adeoq; ut paulò ante dictum non concurrunt. Et sane hæ duæ assertiones, nego me teneri, & solvi, sibi non contradicunt, quoniam qui solvit, amplius non tenetur. Quin porrò, si quis excipiat, se pactum fecisse, jurasse, solvisse, hæc se mutuo non destruunt, sed omnia vera esse possunt: & reus præsumitur ista proponere plura, si forte unum ex his aut plane non, aut non legitimè factum probari possit: idque ex ratione juris veteris in stricti juris judiciis omninò necessarium fuisse videtur, quippe in quibus non nisi exceptionum formulæ insertarum judex rationem habere poterat: ex quo existimare licet, falsam esse sententiam Petri relatam à *Bart. in dict. l. 8. hoc titulo.* quod diversæ exceptiones non simul, sed tantum post unam reprobatam alia proponi possit. Quod si igitur reus conventus actione in rem neget se possidere, non auditur, si postea se offerat ad probationem dominii, multo minus, si postea communi jure possessoris uti, & actori necessitatem probandi dominii imponere velit: quoniam hæc se prorsus destruunt, neque simul subsistere possunt. Et hinc 3. ita distingui posse videtur, quod si exceptio obiecta, impediat constitu-

ſtitutionem judicii, alia poſtea audiri non poſſit: ſiquidem in his terminis ſtatim repelli actorem neceſſe erat: veluti in ſpecie *dict. l. ultim. d rei vind.* quoniam eo qui convenitur non poſſidente judicium in rem ſubſiſtere non poteſt: quæ eadem ratio eſt judicii noxalis, quod ut conſtituatur, ſervum in poteſtate rei conventi eſſe oportet: ut merito prætor poſtea audire non debeat eum, qui iam demum actionem & formulam admittit, eique exceptionem inſeri cupit, cum antea actionem competere & formulæ locum eſſe negaſſet. 4. dici poteſt, aliquando non ineptè prætendi iuſtum errorem & dubitationem, propter quam plures coniungere & cumulare liceat exceptiones: aliquando errorem prætendi non poſſe, ſed exceptionem neceſſariò in ſe continere mendacium: V. C. ſi quis neget ſe poſſidere, ſervum in ſua poteſtate eſſe, quæ vix quiſquam ignorare poteſt. Ideoque procul dubio obtinebit quod traditur in *d. l. ultim de rei vindicat.* niſi, quod probabiliter quis tentaverit, alternativè dixerit reus, ſe aut non poſſidere, aut ſi poſſideat, ſe dominum eſſe: quoniam alternatio hoc facit, ut ne conſtitutio judicii impediatur: mendacii autem pœnam ut alibi ita hic quoque eſſe, rationis eſt: neque dubium eſſe poteſt, quin Juſtin. *in dict. Novell.* 18 *capite octavo & decimo*, mendacio pœnam irrogatam velit. Et eſt tamen ad eius generis loca reſponſio quinta, ſpecialem eſſe rationem, quod illis caſibus reus non affirmat aliquid à ſe probandum, ſed negat, & V. C. *in d. cap.* 8. negat factum proprium, ſe ſcripſiſſe chirographum, aut ſe accepiſſe pecuniam: qua negatione, cum actorem conſtringat onere probandi, iſtud onus non fruſtra ſuſcepiſſe debet actor, ſed eo impleto jure condemnari reum petit: quod ſecus eſt, ubi quis excipiendo ponit, quod ipſi probandum incumbit, per quod licet ad varia probanda ſe offerat reus, nulla iniqua conditio infertur actori. 6. hic notandum, quod aliquando propter mendacium præciſè & ab omni iure excluditur reus: aliquando non præciſè excluditur, ſed poſtea auditur, verum non eodem iure, tranſlato videlicet in reum onere probandi (quod aliàs ipſi non incumbebat,) quod ſub qualitate vel veteri rei conventi, vel nova actoris in ſe ſuſcipiat. Atque ita in ſpecie *Nov.* 18. *cap.* 10. ab eo qui negavit rem eſſe alterius auffertur poſſeſſio, ſalvo eius iure

quod persequatur agendo: velut & in specie *l. ult. d. rei vind.* eo quod aufertur possessio, non propterea existimandum est negari rei vindicationem. Alio modo durante judicio cogitur reus probare debitam fuisse pecuniam, quam antea se accepisse negaverat cum aliàs actorem probare oportuisset, pecuniam fuisse indebitam *l. 25. in pr. d. probat.* Porrò in specie respondetur ad *l. ult. C. d. compensat.* quod compensationes opponantur per modum mutuarum petitionum eoque non esse admittendas sub finem judicii & prope condemnationem, maximè post extensionem Justin. quæ ab ipso limitata est ad compensationem debiti liquidi. Ad *l. sed hoc ita 22. §. 1. d. reiudic.* respondetur ibi quod primò negaverat reus, fuisse causam & fundamentum exceptionis secundæ, quæ adeò meritò negatur: V. C. qui se negat socium fuisse, postea exceptionem competentiæ quæ sociis competit, obiicere non potest: eodemque referri potest casus N. 18. *cap.* 1 c. ubi reus primo negavit rem esse alterius, quam tamen postea sibi hypothecatam fuisse excepit. In *§. ult. Inst. d fideicommiss. hæred.* præter jam dicta militat favor causæ, fideicommissorum scilicet & ultimarum voluntatum. In 2. *§. f. d. si alius, quando appellandum* ut Bart. rectè ait *in l. t. h. t. num.* 2. allegatio est in se ipsa contraria, quod ibi quis vult appellare nomine proprio & alieno. Ex quibus efficitur nihil hic obstare quod vulgò dicitur, contraria allegantem non esse audiendum. Illud autem obiici posse videtur, quod cum reus in exceptione sit actor, tamen ubi plures sunt actiones, una tantum exercitiri liceat *l. nemo 43. d. reg. iur.* Sed & amplius quod ex pluribus actionibus una proposita, ad alteram non detur regressus *l. 9. §. 1. d. tribut. act.* Sed non dubitant *Dd. gloss Bart. Zas. in l. 8. h. t.* quin favorabiliores esse debeant rei quam actores: & est eius rei nec obscura ratio, quod plures exceptiones diversæ tendunt ad eundem finem, absolutionem, quæ etiam jure nostro favorabilior est: quod si plures eiusdem rei nomine darentur actiones, jam reum bis condemnari, & bis idem consequi actorem, eveniret. Et ex ratione juris veteris, singulæ formulæ singulis actionibus propositæ erant, neque plures simul dabantur, & quominus diversis etiam institutis judiciis darentur, ratio jam dicta obstaret. Et hanc differentiam rei & actoris satis perspicuè insinuat JCtus *in d. l. 43. d. reg. iur.* ubi cum initio dixisset, pluribus defensionibus uti licere,

statim

ſtatim ſubiicit in §. 1. ex pluribus actionibus una experiendum eſſe. Sed alterius ratio cur non detur regreſſus ad aliam actionem difficilior videtur: niſi forte quis exiſtimaverit, per litis conteſtationem ſuper una actione factam, quicunque etiam ſequeretur eventus, ceteras fuiſſe conſumtas, ſi non ipſo jure, at per exceptionem rei judicatæ, quæ iterum agenti obſtiterit. Verum minimè admittendum eſt quod ſimpliciter una actio per aliam fuerit conſumta, niſi ex eâd. cauſa deſcendiſſet, ſecus autem ſi ex diverſis, per textum *in l. & an eadem. 14. in pr. d. except. rei i dic.* ubi negatur obſtare exceptio rei judicatæ ſi ex diverſa cauſa licet eadem res petatur & *in §. 2. eiusdem l. 14.* ſi eadem res ab eodem debeatur ex pluribus cauſis, ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequi, nec ulla earum alterius petitione dicitur vitiari: veluti ſi cui homo promiſſus, venditus & legatus ſit, una actione cæteræ non conſumentur, ſed reus utcunque una ab altera conventus & abſolutus tertia nihilominus actione poterit conveniri: & aliàs fruſtranea fuiſſet conſtitutio illa juris, quâ duæ cauſæ lucrativæ in eandem perſonam concurrere circa eandem rem prohibentur: quin exinde efficitur, quod quis ex duabus cauſis etiam judicio vincere, & ex altera rem ex altera æſtimationem conſequi poſſit: ut tanto minus reo plures ex diverſis cauſis deſcendentes exceptiones poſſint negari. Neque obſtat *l. 9. §. 1. d. tribuit. act.* vel quia parum abeſt quin illæ actiones ex eadem, & utiq; ex connexa plane cauſa deſcendant: vel quia non ſimpliciter negatur regreſſus: & hæc nimirum ſententia eſt JCti, quod cum ex actionibns ibi propoſitis una altera in diverſis caſibus modo utilior, modo minus utilis ſit, adeoque modo hac modo illa experiri expediat, ut exemplis oſtendit *Iuſtin. in §. cæterum. 5. Inſt. quod cum eo qui in alien. &c.* actoris eſſe deliberare, quam actionem in judicium deducere velit, quoniam lite conteſtata ſuper una actione, alteram tanquam pinguiorem amplius non liceat proponere. Verum de hac materia concurrentium actionum hic non eſt dicendi locus.

Lit. B.

Cohæret cum lit. præced. & ait Tr. quod nemo deducere plures exceptiones prohibeatur, eo tamen opus non eſſe, ſi reus ſciat intentionem actoris prorſus eſſe falſam.

Sententia autem eius hæc eſſe videtur: ſi reus confidat non

posse probari intentionem actoris, eum posse negare simpliciter debitum: quoniam actori incumbit probatio *l. 8. Cod. d. probat.* quam si non præstat, reus absolvitur *l. 4. C. d. edendo*, estque hæc una defensionis ratio. Altera est, si reus sciens probari posse intentionem, debitum fateatur, sed exceptionem pacti vel iurisjurandi obiiciat, quo casu ipsi reo incumbit onus probandi exceptionem. Tertia est intermedia, si reus dubius an intentio actoris probari possit, neget quidem se debere, sed in eventum probati debiti contestetur exceptionem: quo casu primæ partes probandi sunt actoris, secundæ rei: veluti hi tres casus ita directè proponuntur ab Impp. *in l nona, Cod. d. except.* ex quibus procul dubio posterior tutior est, quod & notat *Zanger. d. except. part. 1. quæstione 26. numer.* 5. licet iuxta hodiernum processum non videatur necessarium, siquidem ut supra dictum, hodie admittuntur exceptiones, etiamsi reus eas initio non fuerit contestatus: *Sichard. in l. 1. Cod. d. probation:* sed sub impp. Diocletiano & Maximiano, ut ante monuimus, necessaria illa contestatio fuit, si quis exceptione postea usurus esset, ad eum modum quo olim stricti juris judiciis exceptionem formulæ addi necessarium erat. Ambiguitas autem est in verbo quo Treut. utitur, *deducere*: ut ex eo quod Treut. ait lit. C. non omnes exceptiones simul tractandas appareat, quod per *deducere*, intelligat, simpliciter exceptiones contestari & in eventum sibi reservare: cæterum non tantum contestari plures sed & probare licet, si quis in una defecerit.

LIT. C.

Extra propositam materiam hoc est, quod hic tradit Tr. judicem non supplere exceptiones, sed eas à partibus esse allegandas, licet sint notoriæ: quod tribus verbis, sed in terminis tradit *Bart. in l. 1. h. t. n.* 10. pro cuius sententia facit *l. cives 11. Cod. d. appellat.* (quem textum allegare voluit Bart. minimè verò ut Angelus putat, *l. cives. Cod. d. incol.*) iuxta quam etiam manifestæ excusationes sunt allegandæ. Et sane cum exceptiones in facto versentur, non est judicis eas supplere, & partes agere rei vel advocati. Eandem sententiam probant, *Angelus ad rubric. Institut. h. tit. nu.* 28. (ubi tamen notat, notorias exceptiones posse simpliciter allegari, citra observationem formæ & modi, quo aliæ exceptiones

ſunt proponendæ.) *Caſtrenſis in l. un. Cod. ut quæ deſunt advocat. nu 4 ſub ſin.* ubi ait, quod judex non debeat opponere exceptiones à ſeipſo, quæ licet ipſi notæ ſint, non tamen ſint notæ ut judici, qui ſecundum acta & probata judicare debet. Limitat tamen hanc ſententiam Treut. niſi exceptiones appareant ex actis, ſubiecta hac ratione, quod acta inducant notorium: quæ videri poſſit inepta ratio, quoniam jam dixerat exceptiones etiam notorias eſſe allegandas. Sed nimirum duplex eſt notorium aliud ſimplex, extraiudiciale, aliud iudiciale, nimirum ex actis: quomodo res notoria fit judici quà judici. Eſt autem duplex ſenſus iſtius propoſitionis, quod judex eius, quod ex actis notorium eſt, & ita etiam exceptionis debeat habere rationem 1. ſi exceptio quæ ante non exiſtebat ex ipſa qualitate actorum reſultet: & hoc ſenſu *Angel. cit. loc* exceptionem inepti libelli, quæ ex ipſo libello apparet, à judice ſuppleri poſſe ſtatuit: ſi, inquit, actor ineptam actionem producat, poterit judex ex officio reum abſolvere ab obſervatione judicii, & lacerare libellum. 2. ſi exceptio merita cauſa concernens, & quæ antea fuit, licet non per modum exceptionis, in actis fuerit propoſita: & hoc ſenſu *Caſtrenſ. cit. loc* ſi inquit, ex tenore libelli vel producti inſtrumenti appareat, reo competere exceptionem, poteſt judex pro reo dare ſententiam, licet exceptio aliter propoſita non fuerit. Plane ſi forte obiter & quaſi à reo aliud agente exceptio ita allegata fuerit, ut actorem fallere poſſit, rectius fortaſſis fecerit judex, ſi per interloquutionem deſuper actorem reſpondere jubeat. Et hæc ſcilicet ſolida ratio eſt, propter quam judex exceptionem eiusmodi attendere debeat, quoniam poſtquam ſolennis illa ratio proponendi imò etiam conteſtandi exceptiones ſublata eſt, intelligitur ſatis allegata & propoſita exceptio, quæ modo ex actis perſpicuè apparet. Licet autem hinc colligere, quod multo magis in criminalibus judex exceptiones ſupplere poſſit: quod ſuadet tum periculi ratio, ne innocens damnetur, qua de cauſa etiam quemcunq; defenſorem innocentiæ admitti placuit per notata *ſupra h. diſput. theſ. 3. inf.* tum quod in criminalibus longe laxius eſt officium judicis, quod in plerisq; criminibus per inquiſitionem etiam procedi poteſt, de quo agitur infr. *diſput. 31. theſ. 1.* Et rectè hoc *VVeſembec. in paratitl.*

C. d.

*C.d except.num.*8. sed vereor ut ipse & cum eo Tr. injuriam faciant iis, quos contra rationem dissentire ait Wesembec. Etenim *Mynsing.4.obs.*35 neque loquitur de casu exceptionis in actis allegatæ, & loquitur de speciali genere exceptionis, videlicet præscriptionis 20. annorum, quæ ut regulariter aliorum criminum persequutioni, ita & criminis fractæ pacis, opponitur: quæ exceptio cum non sit innocentiæ, neque tollat crimen, ut verissimè ait Mynsing. sed merè sit civilis, merito non allegata nec attendi debet. Boërius autem *decis.*344. nihil tractat de caussis criminalibus, sed disputat, an exceptio præscriptionis non opposita attendatur, & an præscriptio ipso jure tollat obligationem & actionem. Et *Bart. in l. eum qui ita §. qui ita stipulatur d. V. O. n.* 4. nihil de criminalibus causis agit, sed hoc, quod verissimum est, docet, exceptionem extrinsecus venientem in judicio esse opponendam. add. de hoc, an judex suppleat exceptiones, *Zanger d. except. part.* 3. *cap.*26. *num.*6. *& seqq.*

L I T. D.

Alterum istud principale huius thesis caput est, de tempore quo exceptiones sunt proponēdæ: & vulgatissima hac in re distinctio est inter exceptiones peremtorias & dilatorias: & has iterum, an concernant ipsam actionem & causam, an processum & judicii constitutionem: de quibus demum verum est quod ait Tr. ante litem contestatam esse proponendas, nec hoc tantum, sed etiam tractandas probandas & discutiendas *l. ult. C. h. t. & l. pen. C. eod.* in qua non simpliciter punitur advocatus libra auri, qui eiusmodi exceptione post litem contestatam utitur, sed qui semel submotus, ea uti pertinaciter perseverat. Est autem, quod ipse Tr. innuit, & inter istas dilatorias, ordo quidam, siquidem ut Tr. ait, exceptiones dilatoriæ quæ personam judicis concernunt, omniū primæ esse debent, quod aliàs, ut porrò ait Tr. in judicem consensum videatur: quibus verbis non obscurè significare videtur, quod per obiectionem alterius exceptionis dilatoriæ, in judicem consensum, eiusque jurisdictio prorogata videatur: quæ quidem non paucorum sententia est, & citati *Mynsingeri* 4. *observ.* 27. *& fin* *Geil* 1. *observ.*33 *num.*11. sed eam veram non esse probavimus supra *part.* 1. *disp.* 12. *th.*10. *lit.* C juncta *disp.* 3. *th. ult. lit. H. eâd. part.*1. Alterum autem genus exceptionum dilatoriarum, quæ causam & actio-

actionem concernunt, ut jam sæpius dictum, etiam post litem contestatam poni potest: & solet in eam rem adduci *l. exceptionem 19. C. d. probation.* ubi dicitur exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, sed postquam actor monstraverit quod adseverat, probari oportere. Quod quidem *glos. Cin. Bald. Salicet. & alii ibid.* ne aliis textibus & rationi manifestæ repugnet, restringunt ad exceptiones dilatorias hujus generis, veluti per pactum temporale dilatæ solutionis. Verum cum istud parum conveniat generalitati textus, malim emendato textu, pro, *dilatoriam* legere, *peremtoriam*: quod & Donell. qui *in d. l. 19.* communem interpretum sententiam probavit, postea sequutus est *in l. 9. Cod. d. except.* facit quod *dict. l. 19.* est Impp. Diocletiani & Maximiani, qui eodem prorsus modo qui proponitur *in d. l. 19.* de peremtoriis exceptionibus responderunt *in l. 8. Cod. d. except. l. emtor. C. d. præscr. long. temp. u. ct. d. l. 2. C. sent. resc. non p. sse.*

LIT. E. F. G. H.

Quatuor casus proponit hic Tr. quibus exceptiones dilatoriæ, posterioris sc. generis, etiam post litem contestatam proponi possunt. Primus est si de novo post litem contestatam exceptio fuerit exorta: cuius manifesta ratio est, quoniam cum ea præcipuè ratione hæ exceptiones negentur post litem contestatam, quod qui omissis iis litem contestatus est, personam judicis & adversarii approbasse intelligatur, non potest videri remisisse causam quæ tum temporis nondum existebat. Quæ ead. ratio militat in casu quarto, si quis justo errore ignoraverit V. C. judicem esse suspectum, cuiusmodi justa ignorantia inducitur per errorem facti non juris. Secundus casus est, si exceptio, vel potius de quo excipitur, habeat gravamen successivum, cuiusmodi est exceptio loci non tuti *Mynsing. 2. obs. 74 Geil. 1. obs. 5 2. num 3. Zang. d. except. part. 2. cap. 5. num. 3.* Tertius casus est, si exceptio judicium retro reddat nullum, veluti ut colligitur *ex cit. à Tr. l. 24. C. d. procur.* exceptio falsi procuratoris, quod sc. non fuerit procurator, nam quod aliquis non potuerit esse procurator, veluti quod miles fuerit, post litem contestatam obiici non potest: & consequenter igitur errat hic *Zanger. d. except. part. 2. c. 8. n. 19 & 20.* ubi scribit exceptionem hanc, quod quis vel nullum vel imperfectum habuerit mandatum, non nisi ante litem contestatam proponi posse: siquidem juxta *d. l. 24. C. d.*

procurat. ex hac cauſa judicium plane redditur nullum, adeo ut etiam, quemadmodum mox dicemus, poſt ſententiam hoc opponi poſſit. Quid autem huc pertineat quod ſubiicitur à Tr. etiam in cauſis ſummariis non eſſe omittendam hanc exceptionem, quod per ſe verum eſt, non animadverto, neq; Zanger. loc. cit. aliquid ea de re ſcribit.

Illud difficilius & latioris tractationis eſt, quod ſubiicit Tr. de exceptionibus poſt ſententiam opponendis: & id quidem hoc modo proponit Tr. *quia his omnib. caſib poſt litem conteſtatā exceptiones dilatoriæ durant, quæritur an etiam poſt ſententiam adhuc opponi queant.* Sed non videtur hæc ratio dubitandi alicuius eſſe momēti: poſſunt proponi hæ exceptiones poſt litem conteſtatam, ergo etiam poſt ſententiam: quoniam ſententia finit judiciū, neq; ulteriori diſquiſitioni relinquit locum. Sed & multò rectius de peremtoriis exceptionib. hanc propoſuiſſet quæſtionē, quoniam iſtæ natura ſua poſt litem conteſtatam rectè opponuntur, non autem dilatoriæ iſtæ, quæ natura ſua ante litem conteſtatam proponendæ ſunt: & cum adeò contra naturam ſuam poſt admittantur, tanto minus inde ſumi poteſt dubitandi ratio ad propoſitam à Tr. quæſtionem. Amplius in eo peccat Tr. quod quæſtionem format tantum de dilatoriis, & tamen reſpondet etiam de peremtoriis: quoniam exceptio compenſationis, cuius in fine meminit Tr. utiq; peremtoria eſt, quin & propriè ſumta actionē ipſo jure minuit, eoq; etiam ab initio ad impediendum litis ingreſſum proponi poteſt: quin nec pars reſponſionis, & quod in ea de oppoſitione contra ſententiam & eius executionē dicitur, ad exceptiones dilatorias commodè referri poſſe videtur, niſi in ea ſpecie per quam dicitur falſus eſſe procurator, atq; ita ſententia & judicium nullum. Nam quod attinet ad exceptionem incompetentiæ judicis qui exequi debet, & exceptionem legitimationis perſonæ quæ executionem petit, quarum meminit, & eas poſt ſententiam obiici poſſe tradit *Zanger. part. 3. c. 26. n. 62.* nihil huc pertinet; quia exceptiones iſtæ tantum concernunt proceſſum in puncto executionis, neq; per ſe & ſimpliciter executioni obiiciuntur: utiq; n. punctum executionis ſuū proceſſū habet maximè ex ratione juris veteris, quo poſt ſententiam adhuc actione iudicati opus erat. Cæterum ut ad rem redeamus, generale hoc eſt, ut exceptio nullitatis, qua dicitur ſententia nulla, poſt ſen-

ten-

tentiam ad impediendam executionem rectè obiiciatur, siquidem eiusmodi sententia executioně non meretur, cum perinde res habeatur, ac si planè judicatum non esset: idq; adeò obtinet, ut licet tres conformes sententiæ proponantur, exceptio nullitatis tamen nihilominus habeat locum, ut tractat *Covar. pract. q. 25. notat Zang. p. 3. c. 26. n. 68.* Et utique cum contra non condemnatum non possit fieri executio, contra quem sententia nulliter lata est, condemnatus esse non dicitur, textus expressus *in l. si se 4. §. condemnatũ 6 de re iud. ubi id notat Bart.* & inde, ꝙ exceptio nullitatis impediat executionem sententiæ confirmat, adductis etiam textib. *in l. si cum nulla 58. d. re iud. & in l. si prætor. 75. d. iud. & facit d. l. 24. C. d. proc.* ubi si falsus fuit procurator, sententia dicitur nulla, & nullum judicium, & consequenter etiam nulla executio: eadem ratio idemque juris est, si reus non fuerit citatus, si sententia incerta *l. 3. C. d. sentent. quæ sine cert. quant.* ubi negatur ex eiusmodi sententia nasci actio judicati. Quibus & similibus casibus ipsa per se apparet nullitas: cæterum si quid obiiciatur de nullitate sententiæ, quod altiorem requirat indaginem, executio non suspenditur, sed tum demum, si quod obiicitur, in continenti probari possit, ut notat *Bart. in dict. l. 4. §. 6. num. 3. & 4. per l. 2. Cod. ad l. Cornel. d. fals.* Eadem ratio est si quid opponatur, quod non quidem sententiam faciat ipso jure nullam, sed propter quod tamen sit rescindenda, ut videlicet hic quoque suspendatur executio, veluti si sententia dicatur lata ex falsis instrumentis *l. ult. Cod. si ex fals. instrumen.* vel propter ætatem restitutio petatur *l. minor. 36. d. minor. Zanger part. 3. c. 56. num. 64.* eodemque pertinet species *l. 1. Cod. d. iur. & fact. ignor.* ubi permittitur militi exceptiones juris ignorantia omissas post sententiam proponere. Quod autem ad cæteras exceptiones attinet, quæ nullitatem vel rescissionem sententiæ non arguunt aut respiciunt, aut apud Treut. error typographi est & omissa negatio, aut falsa ibi tradita propositio, quod exceptiones quæ sententiæ & eius executioni opponuntur, admittantur post sententiam: quoniam obstat manifesta ratio, quod certo jure sententia pro veritate habetur, & post eam non amplius quæritur, an bene judicatum sit, sed hoc tantum, an judicatum sit: ideoque hanc contrariam regulam verissimè proponit *Salicet. in d. l. 1. Cod. d. iur. & fact. ignor. n. 3.* quod ubi exceptio contradicit sententię, post eam opponi non

potest: atque ita ex Dd. *And. Gail. 2. obs. 17. num. 9.* exceptionem quæ oppugnat, post sententiam quam oppugnat, obiici non posse, & in universum ita distinguit Salic. *num.* 4. quod aut exceptio supervenit post sententiam, & opponi potest, *argum. l. & post. in pr. d. transact. l. 1. Cod. d. re iud. c* aut ante competebat: & hæc aut reddit judicium nullum, & adhuc potest: aut non reddit nullum: & hic rursus aut agitur actione priori, & exceptioni locus est, quia imputet sibi qui ita agit, & perinde est, ac si judicatum non fuisset: aut non agit actione priori, sed ex re judicata: & hic porro exceptio aut non contradicit sententiæ, & opponi potest; aut contradicit, & huiusmodi exceptio locum non habet nisi beneficio vel restitutionis *d. l. 36. d. minor.* vel appellationis *l. per hanc. Cod. d. tempor. appellat.* vel specialis privilegii, veluti exceptio Macedoniani & Velleiani *l. tamen si 11. ad Macedon.* Exceptionum autem quæ non contradicunt sententiæ exempla referuntur *à Salic. & Dd. in d. l. 1. C. d. iur. & fact. ignor. Speculatore libr. 2. part. 1. d. except. rubric. quando opponantur exceptiones peremtoriæ, incipit, dicto de dilatoriis, num.* 14. Exceptio competentiæ ne V. C. maritus vel donatur ultra quam facere potest, præstare teneatur, cui etiam post sententiam locus est *l. 17. §. ult. solut. matrim. l. item miles 18. l. Nesennius 41. in f. d. re iudic.* Exceptio cedendarum actionum, quæ à fideiussore condemnato opponi potest *l. si fideiussores 41. §. 1. d. fideiussor.* Exceptio non soluti pretii vel rei non traditæ, *Zanger. post Dd. part. 3. d. except. cap. 26. num. 89. 89. Geil. 2. obs. 17. num. 2. 8 & 9. Specul. d. loc. n. 26.* quoniam hæc est exceptio non facti implementi *Zanger. d. loc. num.* 10. neque reus condemnatus sententiæ parere detrectat, sed ab adversa parte prius satisfieri petit, neque hoc modo quicquam facit contra voluntatem judicis, qui ita voluit V. C. pretium solvi ab emtore, ut tamen ei res à venditore traderetur. Et possit ita pro regula constitui, quod ubicunque actione propria prospectum est reo, toties etiam exceptio obiici possit sententiæ, & huius impediri executio: unde defendi posse videtur, quod ex Dd. tradit *Zanger. d. cap. 3 num. 111. cap. 26. Specul supra cit. loc. num. 25.* exceptionem impensarum factarum in rem quam quis restituere jussus est, post sententiam opponi posse: modo non judex exceptiones huiusmodi ante allegatas reprobaverit, aut ad producendas quascunque exceptiones peremtorias & anomalas, terminum præfixerit, ut notat

notat *Zanger. d. loc. num.* 112. *& seqq.* Et tamen utcunque alterutrum horum factum non fuerit, istud tamen limitandum erit, quod pro regula ponendum diximus, ut obtineat, si exceptio ex eád. causa & eod. contractu descendat, cæteroquin ad novum judicem reus mittendus erit.

Et igitur ut concludamus, regula prima hæc est, post sententiam exceptionem opponi non posse. Ratio solida est, quia aut quæritur de ea opponenda apud judicem qui sententiam dixit, aut eo qui pro executione quodammodo super actione rei judicatæ datur. Apud illum opponi non potest, quia sententiam mutare non potest: apud hunc non potest, quia eius est cognoscere, non, an bene, sed an judicatum sit, *l. post rem* 59. *re iudic.* Limitatio prima si processus executionis rectè & intervenientibus personis legitimis, quà judice exequente, qua adversario executionem petente fuerit institutus. Limitatio secunda; nisi sententia fuerit nulla per supra citata. Limitatio tertia: nisi sententia per remedia restitutoria & rescissoria possit retractari. Limitatio quarta: nisi exceptio sententiæ & executioni non contradicat. Ex quo dubium fieri videtur, quod Tr. in extremo huius th. exceptionem compensationis post sententiam admitti statuit: quoniam hæc utique exceptio contradicit sententiæ eiusque executioni: facit quod Justin. *in l. ult.* §. 1. *C. d. compensat.* compensationis exceptionem non vult admitti prope sententiam & condemnationem: & sane postquam jure novo ex *d. constitut. in l. ult. Cod. d. compensat. iuncto* §. *in bona* 30. *Inst. d. act.* compensatio in omnibus actionibus admittitur, absurdum fuerit hanc exceptionem ad effectum impediendi executionem post sententiam audiri, sed reus excipiens ad novum judicium remittendus erit: nisi ut notat & ex Dd. confirmat *Gail.* 2. *obser.* 17. *num.* 10. *&* 11. debitum sit planè liquidum; quia potest perinde haberi, atque si post sententiam solvisset. Limitatio quinta: nisi speciali privilegio, ut post sententiam opponi possit, sit munita: cuiusmodi est exceptio Macedoniani & Velleiani speciali quà odio creditoris quà favore debitoris *l. tamen si* 11. *ad Macedon. a gum. l. quamvis.* 8. §. 2. *ad Velleian.* qua in re videtur perspicuè lapsus *Zanger. sæpe d. cap.* 26. *n.* 93. ubi in hæc verba scribit: *cui consequens est, exceptiones metus, excussionis, divisionis, Velleiani & Macedon pacti de non petendo, contra iudicatum non opponi.*

Hactenus ille, non animadvertens duas jam dictas exceptiones speciali privilegio à communi aliarum natura esse exemptas. Limitatio sexta colligitur ex *Zanger. d. loc. num. 77. & seqq.* nisi exceptio non sit propriè talis, sed simplex allegatio, qua quis actionem competiisse neget, veluti si tale quid opponatur, quo actio & obligatio ipso jure tollatur: cuiusmodi est, solutio acceptilatio, novatio &c. has enim allegationes ante omissas post sententiam admitti posse & debere *dict. loc. tradit Zanger.* & ita scribit *Decius in l. bona fides 57. d. regul. iur. numer. 2.* quod executio sententiæ per exceptionem solutionis impediatur. Neque possis eum accipere de solutione facta post sententiam: vel quia nulla ita futura sit ratio dubitandi, vel quia Decius allegat *Speculatorem libr. secundo, parte tertia, d. executione sentent. rubr. qualiter executio sententiæ impediatur, incipit, postremo, numero septimo.* qui expresse tradit, reum qui omisit exceptionem solutionis, post sententiam, instrumentum, quo solutio probetur, producere posse: atque ita etiam videtur sentire *Andr. Gail. 2. observat. 17. numer. 10. & 11.* ubi ait, quod post sententiam opponi possit compensatio debiti liquidi, quoniam hæc sit instar solutionis: adeoque solutio etiam post sententiam poterit allegari. Verum ista opinio vix videtur probanda: quoniam ea olim erat formula, si paret reum debere, condemna: eoque condemnatione facta, sequebatur effectus, executio, neque obstante autoritate rei judicatæ solutio vel quid simile poterat allegari, cum in actione judicati non, an deberet necne, sed tantum an judicatum esset, quærebatur. Sed & alias sæpe contingeret, ut contra regulas juris per noviter producta instrumenta, sententia retractaretur: facit quod *in l. decima, Cod. d. non numer. pecun.* asseveratio solutionis, cum exceptione non numeratæ pecuniæ coniungi videtur. Neque sententiam Zanger. probat *Bart. l. quarta, §. si ex conventione d. re iud.* quia loquitur expresse de novatione, quæ sententiam sequuta est: quomodo etiam potest explicari *Bald. in l. si ex causa. Cod. d. execut. rei iudic. numer. 4.* quoniam licet simpliciter dicat contra laudum posse opponi exceptionem solutionis, tamen explicandus est ex textu per quem id probat *in dict. l. secunda.* quæ loquitur itidem de novatione sequuta: sed & Andreas Geil. potest explicari de solutione sequuta, quoniam cum hac quoque, ut paulo ante dictum,

com-

compensatio cuius effectus successivus & perpetuus est, comparari potest. Posita autem opinione Zanger. sub eam classem etiam referri posset quodammodo exceptio Velleiani, quippe quod SCto tota obligatio improbatur *l. decima sexta, in f. d. SCto Vellei. l. 9. Cod. eodem.* adeò ut & fideiussor frustra interveniat *dict. l. 16.* & ex causa intercessionis solutum repeti possit *l. 40. d. condict. indeb.* quæ arguunt absentiam naturalis obligationis (itaque ex duplici fundamento exceptio ista post sententiam opponi possit): quamvis fatear, hinc, quod ipso jure obligatio & actio non teneat, non rectè concludi, qua de re alibi tractatur.

THESIS VIII.

LIT. A.

Docet hic Treut. exceptiones peremtorias post litem contestatam usque ad sententiam proponi posse *l. 2. Cod. sent. rescind. non poss.* Et ita quidem, ut ante notatum, indistinctè hodie usus observat, sed ex ratione juris veteris, quod itidem supra monuimus, distinguendum est inter judicia bonæ fidei & stricti juris: quoniam in his exceptiones formulæ inseri necessum erat: quod sub Impp. Diocletiano & Maximiano, sub quibus judices cum formula dari desierunt, hactenus mutatum aut alteratum fuit, ut reus exceptiones illas initio saltem contestari necesse haberet juxta *l. 8. Cod. d. exceptione. & l. emtor. Cod. d. præscript. long. temp.* ut explicatum supra hac disputatione *thes. 5. lit. C.* Secundum quæ si juxta jus pariter novum & vetus loquitur Treut. procul dubio errat, & malè improbat *Donell. & Obrecht: disputat. d. probat. exception. thes. 18. & sequen.* ubi tamen & ipse offendere videtur, dum eandem hac in re juris antiqui, & quod Diocletiani temporibus obtinebat, rationem fuisse existimat. Hodie extra dubium est, proponi posse exceptiones peremptorias post litem contestatam, usque ad publicationem, de quo etiam attestatur *Mynsing. 5. obs. 89. ubi & obs. seq.* notat quod hic addit Tr. ex ordinatione Cameræ post ablatum ab actore libellum teneri reum articulatim omnes exceptiones peremtorias simul proponere.

LIT.

LIT. C & D.

Cum dixiſſet exceptiones peremtorias usq; ad ſententiam rectè proponi, ſubiicit in hæc verba: *etſi quadam ſtatim oppoſita & probata ad id proſint, ut litis ingreſſum impediant.* Atquin hæc non eſt exceptio ad præmiſſa, quoniam procul dubio, hæ exceptiones etiam poſt litem conteſtatam rectè opponuntur. Sed hoc nimirum vulgo in his exceptionibus ſpeciale traditur, quod ante litem conteſtatam cum hoc effectu obiiciantur, ut reus non cogatur litem conteſtari, ſed eæ ſtatim ad probandum admittantur, & impleta probatione reus non tantum ab obſervatione iudicii & inſtantia, ſed prorſus abſolvatur, cũ aliæ exceptiones peremptoriæ, licet initio propoſitæ poſt litis conteſtationem reiiciantur: quod tamen etiam in iſtis exceptionibus contingit, ſi ſint altioris indaginis, quo caſu ſalvis & reſervatis exceptionibus iſtis reo litis conteſtatio iniungitur, ut notat Tr. lit. D. & traditur *à Bart. in l. nam poſte: quam in pr n. 2. & 8. d iureiur. Caſtrenſ. in l. ait prætor 7. in pr. eod* qui tamen *ibid. n. 7. ex Bart. in l. ille à quo § ſi de teſtamento ad Trebell. & in l. prætor. § 1. d damn. infect* hoc ſpeciale nihilominus & hunc notabilem effectum, proponit, ut ſi aliqua harum exceptionum propoſita ante litem conteſtatam, ſed poſt eam reiecta & reſervata, intra terminum probetur, iudex ulterius procedere non poſſit, ſed protinus quicquid ante geſtum eſt, nullum pronunciare, & reum abſolvere debeat. Hanc autem opinionem de ſpeciali harum exceptionum iure, inde hauſiſſe Dd. videri poſſunt, quod animadverterunt hoc tradi de quibusdam exceptionibus, quod iis allegatis & probatis prętor protinus neget actionem, & actorem removeat à limine iudicii: quo caſu nec litis conteſtatio fiebat, nec formula dabatur: quomodo de exceptione iuriſiurandi reſponſum eſt *in l. nam poſtea-quam 9. in pr. d iuriur.* ubi hæc materia communiter à Dd. tractatur, & ab iis præſertim verò à Bart. iſtius rei hæ rationes inſuper afferuntur 1. quoniam per transactionem, rem iudicatam, iuſiurandum ipſa controverſia finitur, ut proinde exceptionibus iſtis probatis, ſuper controverſia finita reum litem conteſtari cogi non ſit æquum. Affinis eſt ſecunda ratio, quod V. C. res iudicata, iuſiurandum & transactio hac ipſa de cauſa introducta & approbata ſunt, ut controverſias finiant & decidant *l. 1. d. re iudic. l. 1. d. iureiur. l ſ atis. 10. C. d. transact.* Tertia ratio eſt quod V. C. de

iureiu-

iureiurando ita loquitur prætor, ut vbi juratum fuit, actionem se daturum neget *l. ait prætor. 7. d. iureiuran.* Sed & porro solent huc adduci textus *in l. causas 16. Cod. d. transact. l. ultim. Cod. d. re iudic.* quæ tamen loca istud non probant directo, sed tantum firmitatem & robur transactionis & rei iudicatæ ostendunt, & oblique huc accommodari possunt, quod cum de eorum actuum robore & viribus dubitare & disputare non liceat, merito statim admittendæ sint istæ exceptiones, neque prolixior de iis disputatio admittenda. Magis huc facere videtur *l. eleganter. 24. §. si quis post. pen d. condict. indeb.* ubi dicitur quod exceptio transactionis ei opponi possit qui litem vult contestari. Sed nimirum pertinet hoc procul dubio ad jus antiquum & actiones stricti juris, in quibus initio omnes exceptiones proponendæ, & formulæ inserendæ erant: & ideò insuper in specie *dict. l.* videtur proponi casus litis contestandæ, quia opponitur alteri membro, quo post litem contestatam transactio facta est: quo singulari casu etiam post judicium cœptum exceptio transactionis auditur: facit quod exceptio hæc in specie *dict. l. 24.* appellatur exceptio doli, videlicet generalis, quoniam dolo facit, qui petit vel initio vel petere perseverat super quo transactum est. Non tamen negaverim, diversam esse harum exceptionum rationem ab aliis, veluti pacti, doli, metus, erroris &c. quippe quibus non competunt rationes paulo ante relatæ, nec quidem ex ratione juris veteris: quoniam, ut ante notatum, prætor allegatis istis specialibus exceptionibus, ipse summatim cognoscebat, & si liquidiores essent, protinus actionem denegabat, sed cæterarum exceptionum cognitionem omninò cum formula ad judicem pedaneum remittebat: quo more procedendi postmodum sublato, cum ipsi magistratus iudicarent, contestari eiusmodi exceptiones initio necessum erat, reiecta post litem contestatam eas probandi necessitate: ex quo rectè concludi videtur, quod per eiusmodi exceptiones litis contestatio & litis ingressus non fuerit impeditus. Enimverò quoniam per transactionem, rem iudicatam, iusiurandum, controversia sive iudicialiter, sive extraiudicialiter mota, semel finita sit, non videtur par aut æquum, ut istis probatis in continenti, nova lis super controversia iam sopita admittatur: qua de causa etiam in specie exceptiones istæ litis finitæ dicuntur, & quidem

tantum hæ tres, jurisiurandi transactionis & rei judicatæ, *Bart in l. nam postea 9. d. jureiur. Castrens. in l. ait prætor 7. numer. 8. eod. titul.* quamvis Treut. addat quartam post Sichard. *in l. 19. Cod. d. probat.* videlicet *præscriptionis.* Sed videlicet huic non videtur competere jam dicta ratio: & amplius contradicere videtur paulò ante notata ratio: quod quæ exceptiones initio sunt contestandæ saltem, juxta *l. 8. Cod. d. except.* illæ non possunt dici exceptiones litis finitæ, quin nullo modo dici possint impedire litis contestationem & ingressum. Atquin exceptio præscriptionis initio contestanda est *l. inter. 9. Cod. d. long temp præscript.* per quam rationem *gl. juris Canon. in capit. 1. d. lit. contestat. in 6* expresse improbata sententia Hostiensis, exceptionem præscriptionis hinc removet & excludit. Et fortassis tamen responderi hic possit, hactenus ex constitutione Diocletiani exceptionum omnium par jus esse, ut eas reus initio contestari debeat, veluti omnes antea apud prætorem erant allegandæ: sed non usque eò & eatenus, ut etiam omnes post litem contestatam essent reiiciendę, sed propter quas probatas prętor protinus actionem negabat, propter easdem postea quoque litis ingressum impeditum, easque statim ante litem contestatam ad probandum admissas fuisse: neque verò probabile est, quod constitutio *Diocletiani in l. 8. Cod. d. except. juncta l. 2. Cod. sentent. rescind. non posse,* tantum de exceptionibus simplicibus veluti metus doli &c. non etiam de privilegiatis, sit explicanda: & exceptio quoque præscriptionis videtur inducta finiendarum litium gratia *argumen. l. 1. d. usucap.* Animadverto autem à Dd. alias insuper exceptiones admitti, quæ impediant ingressum litis oppositæ ante contestationem litis, quas tamen litis finitæ esse negant, veluti ita in terminis *Paul. Castrens. in l. ait prætor 7. d. iureiur. numer. 8.* præter exceptionem præscriptionis refert exceptionem, pacti de non adeundo judice ex *Bald. in l. postquam liti Cod. d. pact. juncta l. 3. in pr. d. condict. ob caus.* exceptionem præiudicialem, ut notat *gl ff. cap. 1. d. litis contest. in 6.* exceptionem renuntiatæ litis *dict. l. postquam liti C d d pact.* quam litis finitæ appellari posse existimat: & denique exceptionem ex *l. & si iustum Cod. d fide & iure hastæ fiscal libr. decimo, ubi Bartol.* Secundum quæ duplex constituendum est genus exceptionum privilegiatarum, quarum aliæ nomen generis retineant, aliæ in specie litis finitæ dicantur, commune hoc habentes

tes ut impediant litis ingressum. Porrò cum, ut supra dictum, illa quoque ratio afferatur propter quam exceptiones impediant litis ingressum, quod prætor his verbis usus fuerit, actionem non dabo, consequenter & aliæ insuper exceptiones, non quidem in specie litis finitæ, sed ingressum litis impedientes admittendæ erunt: veluti exceptio Velleiani, per *l. 2. §. 1. ad Vellei an.* ubi verba SCti, *ne in fœminas actio vel petitio detur*: item exceptio Macedoniani per *l. 1. in princ. ad SCtum Macedon.* ibi, *ne cui actio petitioque daretur*: idque in terminis tradit & admittit *Bart. in dict. l. 9. in princ. d. iur. iur.* Quin amplius idem effectus tribuendus videtur allegationibus eorum modorum, quibus ipso jure obligatio & actio tollitur, veluti solutionis, accceptilationis novationis &c. Utcunque enim rationes superius allatæ hic fortassis aut non, aut non æquè locum reperiant, hæc tamen ratio satis valida est, quod istæ non sunt propriè exceptiones, sed allegationes, quibus conventus actorem dicit experiri sine actione: quod itidem in terminis statuit *Bart. sæpe dict loc. nu. 7.* licet dissentire videatur *gl in cap. 1. d. litis contest. in 6.* ubi Pontifex dicit, quod præter casus exceptos, nec exceptio nec defensio ad effectum impediendi litis ingressum allegari possit: etenim gl. defensionem de huiusmodi allegatione solutionis vel novationis interpretatur. Sed quicquid etiam senserit Pontifex, rationis est, ut meliori jure sint istæ allegationes, ne, si in continenti probari possint, super actione ipso jure sublata, judicium instituatur. Et commentitia videtur esse distinctio *Castrens. sæpe d. loc num 5.* quod alleganti exceptionem finitæ litis, etiam terminus aliquis licet brevior sit concedendus ad probandum: sed alleganti solutionem, & alias exceptiones privilegiatas, quæ possunt obiici ad initium judicii, nullus concedatur terminus, sed nisi ipse in continenti, V. C. producto instrumento, impleat probationem, eum litem contestari teneri. Denique sub hanc classem etiam referendæ videntur omnes illæ exceptiones, quæ iuxta notata *th. præced. inf.* possunt opponi post sententiā: quin porrò omnes exceptiones notoriæ, ut notat *Castr d. l n. 8* quia cum ad officium judicis pertineat diminuere lites *l. 21. d reb. cred.* non debet audiri actor, de cuius iniustitia constat: ex quo confutatur paulò ante relata distinctio Castr. quoniam si exceptiones simplices impediunt litis ingressum, ubi notoriæ sunt, plus utiq; ope-

rari debent allegationes solutionis, acceptilationis &c. ut aliquis terminus ad probandum concedatur.

Vbi hoc rectè accommodat.] Cum dixisset exceptiones privilegiatas, quæ ad impediendum processum & simul perimendam actionem opponuntur, si altioris sint indaginis, reiici post litem contestatam; subiicit, eò pertinere quæstionem quam tractat *Daniel Moller. 1. semestr. 1.* an sub statuto, quod ante litem contestatam omnes exceptiones dilatorias in uno termino proponi iubet, etiam contineantur exceptiones mixtæ, ut videlicet postea ab iis opponendis reus exclusus censeatur. Mixtas autem exceptiones appellat Moller. quæ & ad processum & ad ipsa merita causæ opponuntur, atque ita dilatoriarum simul naturam participant: unde etiam (licet hæc tractatio à præcedenti diversa sit) ratio nascitur dubitandi, propter quam cum dilatoriis obiici debere videantur. Sed levis hæc dubitandi ratio, neque ut existimat Moller. difficilis hæc quæstio videri potest: etenim V. C. statutum sive constitutio provincialis Saxoniæ *part. 1. cap. 3.* cum dilatoriarum & declinatoriarum mentionem facit, citra ullum dubium accipi debet de dilatoriis in specie dictis, & quæ tantum sunt dilatoriæ, quarum omissione in iudicem consensum creditur: quæ procul dubio cuiuscunq; alterius statuti sententia est, hac perspicua ratione, quod hoc speciale privilegium est quarundam exceptionum peremtoriarum, ut etiam ante litem contestatam opponi possint ad impediendum litis ingressum: ut ridiculum sit existimare, quod per statutum factæ sint conditionis deterioris, nec amplius post litem contestatam audiantur: cum tamen vel maximè peremtoriæ sint, adeoque in eiusmodi statuto sub appellatione dilatoriarum absurde comprehenduntur. Et hinc nullius momenti obiectio est, quam attingit Moller. quod sub simplicibus contineatur mixtum: vel quia hoc verum est de utraq; simplicium specie: vel quia verum est in specie digniori & excellentiori. Ideoq; ex adverso rectè defendetur, si statutum exceptiones peremtorias ante litem contestatam opponere iubeat, mixtas etiam comprehendi.

Earum igitur exceptionum obiectione] Ait Tr. earum igitur obiectionum exceptione quavis nos litem contestari negamus. Quæ verba duplicem admittunt sensum 1. quod obiiciendo exceptiones litem se contestari quis neget; quæ sententia vera non est.

2. Quod obiicendo exceptiones, non intelligamur litem hoc ipso contestari: quæ sententia vera est, per notata supra *part. 1. dist. 12. th. 2.* Eam controversiam breviter attingit *Bald. in l. 1. C. d. litis contestat. col. 2. in pr.* ubi distinguit inter exceptiones, quod aliæ opponantur ad effectum impediendi litis contestationem, quarum obiectione disertè negat Baldus fieri litis contestationem, ut proinde Tr. citans Bald. pro diss. in hac quæstione, quam de privilegiatis istis exceptionibus proponit, injuriam ipsi facere videatur. Sed quod reliquas exceptiones peremtorias attinet, quas ad condemnationem impediendam opponi dicunt, jure quidem Canon. res certa est ex *cap. 2. d. litis contest. in 6.* sed jure civili dubium esse existimat Bald. & ipse distingendum putat, an exceptio sit opposita præsente actore nec ne. Sed fortassis simpliciter etiam ex jure civili defendi potest, litis contestationem non induci per simplicem obiectionem exceptionis, nisi reus etiam hoc addat, se non debere, ut tradit *VVesemb. in paratil. hic num.* 11. vel potius ut ostendimus supra *d. loc.* nisi actor replicando exceptionem impugnet, eique contradicat: quæ contradictio constituens litis contestationem *argum. l. 14. §. 1. C. d. iudic.* non inducitur per simplicem exceptionem, quoniam & intentio summo jure, & exceptio vera esse & simul subsistere possunt. Et hinc differentia est inter exceptiones simplices & privilegiatas, quod illis obiectis cogitur reus litem contestari: non autem his, nisi sint disquisitionis altioris.

Neque exceptionum tanta vis.] Negat quod reus excipiendo dicatur fateri intentionem actoris, veluti si pactum vel juramentum sequutum esse contendat. Aliud non obscurè probat *gloss. in l. 9. C. d. except.* dum ait, eum demum non censeri intentionem fateri, qui negationi simplici in eventum adjunxit exceptionem: & expressius *in Nov. 53 A. exhib. reis. cap. 3. §. suscepto. 2. in f. ad verba, litis contestationem*: ubi ait quod qui exceptionem obiicit, hoc ipso innuat se esse debitorem. Sed verissimè & eleganter docet *Salicet. in d. l. 9. C. d. except. n. 3.* quod tantum reus videatur ita fateri implicitè & conditionaliter, sub hac nimirum conditione tacita, si exceptio pro vera admittatur: quo posito non potest ipsi confessio nocere, siquidem probato etiam debito propter exceptionem reus venit absolvendus: neque verò permittendum actori, ut ex-

ceptionem falsam esse dicat, & eam tamen tanquam confessionem debiti acceptet. Enimverò, quod exceptio obiecta quoad effectum juridicum, videlicet onus & necessitatem probandi pro confessione non habeatur, illud argumento est, tum quod supra diximus *thes. praeced. lit. A. & B.* plures defensiones successivè opponi posse, & negari debitum ab eo qui exceptione usus fuit: tum quod probatur ex *dict. l. 9. C. h. t. juncta l. 9. C. d. probat.* exceptionem initio propositam reiici post litem contestatam, neç nisi impleta intentione Actoris ad eius probationem reum adstringi: & est in hanc rem *textus in l. non utique 9. D. h. tit.* Ubi non valde probo, quod aliqui verba, *non utique* ita explicant ex autoritate Græcorum, quod non omnino fateri intelligatur. Facit huc *l. 10. Cod. h titul.* quod actor se munire non possit exceptionibus rei. Accedunt vulgatæ regulæ juris, quod actus non debeat operari ultra intentionem agentis, neque ulterius, quam necessario ex eo infertur, & quod actus dubios ita interpretari æquum est, ut quam minimum præiudicent; censetur autem reus proposuisse exceptionem, si actor intentionem suam probaverit, velut disputat *Salicet. in l. exceptionem Cod. d. probat. numer. 5.* Planè jure Canon. hæc res decisa est *in capit. cum venerabilis 6. d excpt. §. ad hæc. vers. intelleximus:* & huc etiam referri potest, quod Treut. subiicit, non esse dubium, quod probata actoris intentione reus exceptionem probare teneatur: quoniam si excipiendo fateretur reus, actor probandi onere non gravaretur.

Quod etiam verum.] Hoc quidem cum proximè præcedenti parum cohæret: sed res ipsa non satis certa est. Titius petit à Sempronio centum ex stipulatu: Sempronius excipit se promisisse quidem sed sub conditione: quæritur an Sempronius probare debeat quod stipulatio habuerit conditionem, ad excludendam intentionem actoris, an hic potius pro fundanda intentione sua, probare debeat stipulationem fuisse puram. Et Tr. onus probandi actori iniungit. Accurs. *in d. l. 9. C. d. except.* in utramque partem disputat & pro actore hæc affert. 1. quod cum reus duo dicat, se promisisse, & se promisisse sub conditione, hæc separari possint, & priori credi contra reum *arg. l. ætate. d. interrog. in iure.* 2. quod qui simpliciter excipit fateatur intentionem actoris; sed hoc jam diximus esse falsum. 3. quia responsiones rei debent explicari

pro

pro actore *argumen. l. inter stipulantem §. 1. d. verb. obligat.* Pro reo hæc affert 1. quod reus non debeat videri aliud proposuisse quam quod sensit, videlicet quod non promiserit. 2. quod dicti ambigui interpretatio debeat esse penes eum qui quid in judicio protulit *l. si quis intentione d. iudic.* 3. quia si quis Bononiæ ita stipuletur, hodie Romæ centum dabis, locus non separetur à promissione, sed tota stipulatio vitietur: ut proinde etiam hoc casu reus unum tantum dixisse videri debeat, videlicet se non debere. 4. quia ita potest accipi exceptio rei, ac si dixisset, non promisi, aut si promisi, feci sub conditione: cum præsertim paulò ante probaverimus, quod etiam qui non negat intentionem actoris, sed simpliciter excipit, non propterea fateri censeatur: aut ita ex sententia gl. verba rei coniungenda erunt, ac si dixisset, promisi quidem, sed non alio modo nisi sub conditione. 5. quia cum pendente conditione nec cesserit nec venerit dies, & obligatio nec dum nata sit, consequenter reus qui promissionem conditionalem fuisse dicit, nullum jus agendi adversario competere dicit. Neque obstat, quod etiam qui allegat solutionem, actionem competere negat: vel quia non nisi impleta actoris intentione solutio probanda est, vel quia in hoc casu antea extitit obligatio. Et hanc opinionem communiter à Dd. teneri testatur *Salicet. in d. l. 9. Cod. hoc titul. in f.* ut non permittatur divisio exceptionis rei, sed totum aut improbare aut approbare actor teneatur: & facit quod conditio adiecta stipulationi efficitur eius pars, actoris autem est ut probet stipulationem. Hanc tamen sententiam limitat male à Treut. pro diss. citata gloss. ut non obtineat, si ex intervallo reus adiiciat se promisisse sub conditione: quoniam hic coniunctio non reperiat commodum locum, neque adiectio post sequuta possit derogare confessioni præcedenti. Quam limitationem omninò admittendam puto, cum & dubia res sit, utcunque in continenti istud fuerit adiectum: quoniam hic modus excipiendi diversus est ab illo, quo quis V. C. exceptionem pacti vel iurisiurandi obiicit: siquidem hic nihilominus rectè probatio contractus actori imponitur: sed hoc casu de quo disputamus reus omnimodo contractum fatetur, sed excipit de qualitate contractus, eaque non naturali, sed acciden-

tali,

tali, cum in dubio contractus præſumatur purè initus: cuius adeò qualitatis probatio non immeritò videatur imponenda reo, qui cautius agere, neque fateri ſed negare debebat obligationem: quo facto neceſſum haberet actor ſtipulationem eamque puram probare: niſi quis exiſtimaverit non debere illam quaſi imprudentiam nocere reo, neque relevare actorem, quominus probare teneatur, quod aliàs negante reo probare eum oportuiſſet: ſed ego iſtud in medium relinquo, & interim communi opinioni ſubſcribo.

AD

AD DISPVT. XXVII.

De VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

Respondente

PHILIPPO VLRICO Neüphart.

THESIS PPRIMA.

LIT. A.

DICTA *à stipulo.*] Prima quæstio est de notatione nominis: & Justin. stipulationem à stipulo, quod veteres firmum appellaverint, hoc autem à stipite deducit: à quo *Alcait. 1. parerg. 39* non dissentit in priori, sed in posteriori, & stipulum non à stipite deducendum, sed potius ἀπὸ τοῦ στυπτοῦ existimat. Sed dissentit *Catellianus Cotta in memorabilibus in verbo, stipulum*, ubi ait hoc verbum non reperiri apud idoneos autores: quem non erat cur propterea ineptum vocaret *Pacius in notis ad pr. Instit. d. V. O.* quoniam haud scio an sententiæ Pauli in quibus *libr. 5 titul. 7* hoc verbum reperitur, quibus præsertim multa detracta & addita sunt, ad autoritatem huic verbo conciliandam sufficere possint. Et sane magis mihi placet, quod *Festus in verbo stipem*, stipulationem & stipulari deducit *à stipe*, quoniam interrogatus spondebat stipem, id est, æs. At-

Vide dicas stipulatio.

que ita origo Græca erit à στύφειν vel στείβειν, unde latinum stipare, & inde stipes, & porrò stipulatio : quo pertinet locus *Varronis libr. 4. d. ling Latin. inf.* æs quoque, inquit, stipem dicebant : nam quod asses libræ pondo erant, qui acceperant majorem numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est, componebant, ut minus loci occuparet, à stipando stipem dicere cœperunt. Stipare aut στείβειν fortassis, Græco vocabulo : id apparet, quod ut aliàs tum institutum etiam nunc, diis cum tesauris asses dant, stipem dicunt : & qui pecuniam alligat stipulari & restipulari. Hactenus Varro : unde apparet à Varrone, itidem ut à Festo stipulari deduci à stipe, non ut Tr. refert stipulationem à stipulando : quæ etiam aliàs inepta esset derivatio, quia porrò quæritur, unde originem habeat verbum stipulari : nisi apud Tr. ita legendum est, *Vario 4. d. ling. latin. à stipando, quod à stipe ductum* : quamvis inverso modo Varro stipem à stipando dictam tradat. Isidorus autem suo more agit, dum nullo autore *5. orig. cap. 24. d. instrum. leg.* stipulationem deducit à *stipulâ* : veteres enim, inquit, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes, frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant.

Semper accedit.

Semper stipulatio accedit.] Hoc ita etiam tradit Cuiac, quod stipulatio omnis sit accessio ad firmandam obligationem præcedentem : eaque communior est Dd. opinio *in l 2. §. circa d. dol. mal. except.* sed quæ non careat scrupulo, per ea quæ disputant *Soarez in addit ad Gomes. libr. 2. capit. 9. & pluribus Gœdd. d. contrah. stipul. cap. 3. conclus. 5. consect. 1. numer.* 74. qui contendunt etiam sine ulla causa præcedente ex promissione obligari respondentem, ob hoc ipsum quod promiserit : his ferè rationibus. 1. quia aliàs contractus iste ita curiosè & prolixè in jure nostro explicatus non esset, si per se sine alterius causæ adminiculo non obstringeret promittentem. Et hinc 2. quia stipulatio specialis & proprius contractus est : & porrò 3. quia sola promissio per se sola sufficiat ad obligationem. 4. quia cum falsum & nullum inter se comparentur, falsa tamen causa non impediat nasci obligationem *per l. si divortio 21. d. V. O.* ubi qui ducenta dotis nomine promisit, cum centum accepisset, dicitur obligari. 5. facit *L. à Titio 108. d. V. O.* ubi valet stipulatio qua quis promisit centum, si quis in capitolium

lium aſcenderit. 6. facit *§. item nobis 3. Inſtitut. per quas perſ. acquir.* ubi ſtipulatio opponitur aliis acquirendi cauſis, veluti legato, donationi: itaque ſicut hæc per ſe ſola, ita & ſtipulatio ſola inducet obligationem. 7. affertur *l. ſi ex pretio. 6. Cod. ſi cert. petat.* in qua poſt *Anton. Fabr. 5. coniectur.* 10. *Gœdd.* ſubſtantiam obligationis explicat de vinculo ſtipulationis. 8. adducitur autoritas *Plauti ex Pſeudolo act.* 1. ubi Pſeudolus adoleſcenti Callidoro ſimpliciter promittit 20. minas argenti. Verum non ſunt de nihilo, quæ ex adverſo afferuntur: & 1. quia ſtipulatio eſt contractus generalis, quæ ſuper variis & quam plurimis etiam iniuſtis cauſis interponi poteſt, nullam habens determinatam & propriam naturam, quam habent alii contractus: ut proinde non immerito de cauſa ex qua ſtipulatio interpoſita eſt, conſtare debeat: cum hic ipſe finis ſit cui introducta eſt ſtipulatio, ut aliis obligationibus adhibeatur quæ in ſeſe internam & propriam habent cauſam, quam hic intelligimus, non verò externam impulſivam aliquam aut finalem, propter quam forte contractum fuit. Et V. C. ubi vendidiſſe, permutaſſe &c· quis dicitur, ſimul cauſa ipſa ſignificatur & juſtitia petitionis oſtenditur: minimè verò ubi ſimpliciter aliquis promiſiſſe dicitur. Ideoque non ſatisfacit hic reſponſio Gœdd. quod etiam ſtipulatio formam ſuam ſpecialem habeat, & quod etiam alios contractus, propter aliquam cauſam impulſivam ineamus. 2. adducitur *l. ſecunda, §. circa 3. d. dol. mal. except.* ubi ſine cauſa ſtipulatus, ſi agat, exceptione doli removetur: quamvis ille locus cum Gomeſ. & Gœdd. non male explicari poſſit de cauſa quam promiſſor per errorem ſubeſſe putavit. 3. facit *l. prima, § p imo. d. pollicitat.* ex qua non tenetur, qui ſine cauſa pollicitatus eſt. Neque hic ſatisfacit reſponſio Gœdd. quod pollicitatio nec pactum ſit nec contractus: quoniam replico, quod pollicitatio reipublicæ facta eam habeat vim, quam pactum aut ſtipulatio inter privatos contracta: itaque ſi pollicitatio nihil operatur ſine cauſa, nec eiusmodi ſtipulatio utilis erit. 4. adducitur *l. ſeptima, §. ſed um nulla quar a d. pact.* ubi negatur naſci actio ſi nulla ſubſit cauſa. Et hic quòque non ſufficit, quod Gœdd. diſtinguit inter pactum & ſtipulationem: tum per rationem præcedentem: tum quod princi-

pium petit, dum ipſam ſtipulationem per ſe ſolam cauſæ & negotii loco eſſe dicit: quod parum convenit cum mente JCti *in d. l. 7. d. pact.* ubi cauſa ſignificat dationem vel factum: quamvis cauſa ibi plane ſpecialiter ſumatur, quatenus propria eſt contractibus innominatis. Etenim Ulpian. eo loci duas ſpecies conſtituit conventionum quæ pariunt actiones, alteram quæ habet nomen, alteram quæ negotium & cauſam. Et tamen non exiſtimandum eſt, ſolum & ſimplex nomen ſufficere, ſed etiam in contractibus nominatis ſubeſſe negotium quod ſuadeat dari actionem, cuiusmodi in ſtipulatione per ſe & ſeorſim conſiderata, nullum eſſe videtur, non magis quam in pacto nudo, ſi utriusque eſſentiam per ſe conſideres, ſiquidem ex conventione contrahentium ſæpe æſtimatur, an pactum an verò ſtipulatio contracta cenſeri debeat *l. 7. §. quod noviſſima 12. d. pact.* eoque jus noſtrum non videtur approbaſſe & actionem dediſſe ex ſtipulatu, ob hoc ſolum quod quis promiſit, ſed quod ex cauſa alia quid promiſit. 5. adducitur *l. 1. in princ. d. condict. ſine cauſ.* ubi ei condictio datur qui ſine cauſa promiſit: quod tamen fortaſſis reſtringi poſſit ad eum caſum quo quis promiſit ex cauſa quam per errorem ſubeſſe putabat; vel quæ cauſa poſtea ceſſavit. 6. non abſurdè, ut Gædd. exiſtimat, producitur *l. non ſolum 44. §. final. d. pecul.* ex qua apparet ſolius domini ſcripturæ haberi fidem, quod ſervus ſit ipſius debitor, ſi modò adſcripta fuerit cauſa: adeoque à contrario ſenſu non ſufficiat ſimpliciter adſcriptum eſſe, quod ſervus ipſi debeat: quod argumento eſt, nec ſimplicem promiſſionem ſine cauſa alicuius fore momenti. 7. facit *l. ſi ſtipulatus 15. d. V. O.* quæ ſane ſatis inconcinnè reſtringitur ad eum caſum, quo quis per errorem & ignorantiam, dum cauſam ſubeſſe putat promiſit. 8. facit *l. 25. §. ult. d. condict. indeb.* iuxta quam cautio indiſcretè ſcripta, id eſt quæ non habeat adſcriptam cauſam, nullius habetur autoritatis: quod itidem perquam duriter ad caſum iam dictum reſtringitur: maximè cum 9. reſiſtat quaſi interpres *d. l. 25.* pontifex *in c. ſi cautio d. fid. inſtr.* neque enim cautio ibi inefficax dici poſſet ob non adiectam cauſam, ſi ſimplex & nuda promiſſio ſufficeret. Neque intelligo, cuiusmodi illud ſit quod Gædd. ait, poſſe id etiam de alio contractu intelligi: quoniam imò contradictorium ſit, adiectam eſſe V. G. mentionem venditionis, permutationis &c. & obligationem

esse sine causa. Et hinc facit 10. quod ex dictis text. *in l. 25. d. condict. indeb. & in cap. si cautio d. fid. instrum.* satis liquidò probatur, non valere aut procedere actionem, qua quis simpliciter intendat, pecuniam deberi, ut rectè docent interpretes ibid. *& Bart. in dict. l. 2. §. circa, d. dol. except.* quod utique falsum esset, si simplex promissio sine ulla causa sufficeret. Facit 11. hoc argumentum: quod si nuda traditio non sufficit sine causa ad transferendum dominium, *l. nunquam 31. d. acquir. rer. domin.* neque sufficiet simplex promissio ad inducendam efficacem obligationem, ex qua necessitas tradendi sequatur: neque enim plus operari debet promissio quam traditio: & si quidem sufficiat simpliciter promisisse, ut efficax actio detur, etiam & magis sufficiet sine alia præcedenti causa tradidisse. Nec intelligo hic quid sibi velit Gædd. dum ait, quod traditio non sit negotium, vel commercium, & quod jura non velint, ut traditio operetur sine præcedenti causa. Etenim hæc petitio principii est, quoniam ex eâd. ratione negatur jure valere promissio sine causa quæ & ipsa sola per se negari potest habere negotium: quin & aliquando, ut in contractibus innominatis, traditio non effectus, sed causa est & negotium. Facit denique, quod nullus usquam titulus reperitur, pro stipulatu: etenim quod ex stipulatione dominium transferendum dicitur *l. 25. §. 1. d. contrah. empt. l. 75. §. ultim. h. tit.* non habet locum nisi super causa præcedenti stipulatio fuerit interposita. Denique confirmatur hæc sententia ex *l. in princ. d. O. & A.* Et hæ rationes videntur potiores: neque deest quod ad contraria respondeatur: & inprimis ad *l. si divortio 21. h. tit.* adhibenda est responsio *Bart. in l. 2 §. circa: 3. d. dol. except.* declara, inquit, istam quæstionem, quando nulla causa exprimitur, si videtur inesse tacita causa donationis, nos habemus huius quæstionis casum *in l. hoc iure d. donat.* quod satis est causa ipsa liberalitas. Hactenus Bart. & consequenter, ubi apparet vel saltem præsumi potest, valebit promissio, sicut ex causa donationis efficax est traditio. Cæterum in prioribus tribus rationibus opinionis adversæ, committitur petitio principii, aut nihil per eas concluditur: quia fallacia committitur in verbis, *specialis contractus*: quoniam ita specialis contractus stipulatio est, ut tamen sit indeterminatus & suo sensu generalis quoniam omnibus obligationibus accedit, & subservit, & hac ipsa de causa

plenius & accuratius natura illius explicanda fuit. Porrò causæ nullius cum falsa vel erronea comparatio perpetua & absoluta non est, siquidem ex causa erronea solutum fit accipientis, & ex contractibus qui propter metum vel dolum nulli dicuntur, dominium transferri ostendunt tradita supra *part. prima, disputatione 22. thes. 3. lit. A. & eâdem part. 1. disputat. 28. thes. 2. lit.* F. Textus in § *item nobis 3. Institut. per quas pers. acquiren.* non absurdè explicatur de stipulatione ex causa, cum præsertim aliàs sæpe minus accuratè loquatur Justin. Explicatio Gœdd. ex Anton. Fabr. ad *l. sextam, C. si cert. pet.* non est authentica, & substantia obligationis rectius intelligitur, eius obligationis, quæ re vera contracta erat, licet mutui mentio facta esset, in quod per novationem prior obligatio transfusa erat, quem effectum non habet pactum nudum, ut proinde obligationem priorem re vera contractam integram manere oporteat & salvam. Denique joci & facetiæ Plautinæ huic rei fundus esse non possunt; sed nec deest ibi causa, dum servus Pseudolus hero suo luxurioso adolescenti pecuniæ indigo argentum pro liberanda amica, quacunque ratione expediturum se dixerat, & ut illum tanto securiorem redderet, eandem pecuniam herum suum à se stipulari jubet. Et potius adducendus fuisset locus ex eâd. Comœd. *act. 4. s. en viso quid rerum.* ubi leno Ballio ultro jubet Simonem stipulari à se 20. minas: quamvis illa videri possit quædam sponsionis species, wettung & insuper causæ locum subeat, quod antea Simo spoponderat Pseudolo 20. minas, cuius nomine indemnem se Simonem servaturum sponsione sua leno ostendit. Denique istud addendum, utcunque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio, attamen petenti ex hujusmodi promissione obstituram exceptionem, *argumen. l. si quis trigesima sexta, hoc titul. juncta d. l. secunda, § circa d. except. dol.*

LIT. B.

Stipulao e contractg.

Contractus.] Proprium contractum stipulationem esse ait Treut. quod late confirmat *Gœd d. contrahend. stipulat. capite primo, conclus. 3. num. 21. cum sequen.* pro quo militant quamplurimi textus, quibus stipulatio appellatur contractus, tum præcipuè quod Justin. *Institut. d. O. inf. Caius in l. 1. § 1. d. O. & A.* diserte in-

tes

ter species obligationis eam referunt quæ verbis contrahitur: & cum stipulatio vtique conventio sed pactum nudum non sit, contractus certè erit. Pro contrária opinione, quod hic verè contractus non sit, Gœdd. cit. loc. has affert rationes: 1. quod *in l. 19. d V. S.* dicitur stipulatio actus. 2. ex eâd. *l.* 19. quod stipulatio non sit ultro citroque obligatio, quomodo ibi contractus definitur. 3. quod in *l. 5. d. V. O.* stipulatio dicatur conceptio verborum. 4. quod tantum videatur æquiparari contractibus *in §. conventionalis Institut. d. divis. stipulat.* 5. quia contractus sint facti, stipulatio autem juris. 6. quod *in l. sancimus Cod. d. V. S.* stipulatio dicitur cautio. Quæ sanæ rationes ita leves sunt, ut nec refutationem quidem mereantur, præter eam quæ desumitur ex *dict. l. 19. d. V. S.* à definitione contractus. Ubi hoc quidem rectè Gœdd. quod textum illum refert ad specialem casum: sed illud minimè probare possum, quod in definitione illa sive descriptione potius Labeonis, verba *ultro citroque* omnibus contractibus & ipsi stipulationi competere existimat: quod ut maximè suo sensu admitti, & ea verba contra proprietatem eorum, & usum juris ita accipi possint, ut hinc inde factam tractationem significent, tamen id à mente JCti eo loco prorsus apparet esse alienum, adeò quidem ut mirer à Gœd. sæpius hoc inculcari, quod propositum fuerit Labeoni perfectam tradere definitionem & generalem, & quæ in terminis etiam conveniat stipulationi: siquidem JCtus ibi actum & contractum opponit & hæc ita inter se distinguit, ut sub illo comprehendat stipulationem & numerationem, sub hoc ultro citroque obligationes: quæ inepta oppositio esset & distinctio, si sub contractu etiam stipulationem & mutuum contineri voluisset JCtus: de cuius mente attestantur subiecta exempla, locationis, emtionis & societatis, quæ solæ conventiones sunt ex utroque latere obligatoriæ. Ideoque rectius sentiunt, qui contractum ibi non eo sensu quo aliàs in jure nostro, sed strictissimè putant à Labeone acceptum, neque ea mente ab eodem ita definitum contractum, quasi alia & latior eius significatio non esset, sed quod prætor in edicto suo, quod ibi explicandum Labeoni propositum fuit, ita angustè verbum contractus usurpaverat.

No

Non tamen actus legitimus.] Sententia Tr. est, quod stipulatio sit contractus, sed non actus legitimus. Ratio dubitandi est, quod acceptilatio inter actus legitimos refertur *l.* 77 *d. regul. iur.* quæ tamen nihil aliud est, quam remissoria quædam stipulatio. Et probo *Hottom.* 1. *amicab. respons.* 30. cuius sententiam haud scio an rectè acceperit Tr. quod non quævis acceptilatio, sed tantum Aquiliana, actibus legitimis sit accensenda. Cæterum Cuiac. 15. *observat.* 16. hoc simpliciter ait, quod stipulatio non sit actus legitimus, eoque nomine reprehendit Hottom. qui *d. loc.* Cuiacum mendacii arguit.

LIT. C.

[illegible] juris civilis

Iure civili inventus.] Prolixè hoc tractat *Gædd. d. contrah. stipul. capit.* 2. *conclus* 1. & affirmat his rationibus 1. quod *in §. de constituta* 9. *Instit. d. act.* constituto ita opponatur stipulatio, ut ex hac dicatur nasci civilis obligatio: ubi tamen responderi potest, quod civilis obligatio ibi non naturali sed prætoriæ opponatur. 2. ex *l.* 1. *locati*, ubi ex hoc fundamento negat JCtus requiri verba, quoniam obligatio sit juris gent. neque ex hoc jure simplici descendere potest, quod ad sui essentiam verba requirit. 3. cum *in l.* 5. *d. iust. & iur. & in §. & ex hoc Institut. eod.* omnes penè & ita non pro omnes contractus juris gent. dicantur, vix alius præter stipulationem ad jus civile referri posse videatur. 4. facit *l. stita* 126. §. 2. *vers. superest d. V. O.* ubi obligatio quæ nascitur ex numeratione opponitur obligationi civili ex stipulatione. Ex adverso hæc afferuntur: quod stipulatio non probetur excepta, quod interrogatio & responsio itemque consensus sit juris gent. quod ipsa lex per stipulationem facta sit *argumen. §. constat. Instit. d. iur. nat.* quod omni lingua fieri possit, quod facti sit & ex ea naturalis oriatur obligatio, quod acceptilatio dicatur juris gent. quod transactio quæ fit per Aquilianam stipulationem juris gent. sit: denique quod Proverb. cap. 6. dicitur, eum qui spopondit illaqueatum esse verbis oris sui. Ex his quæ fusè prosequitur Gædd. pleraque vel responsione indigna sunt. Neque enim dubium esse potest, quin juri naturali conveniat, & apud omnes gentes fuerit receptum, ut quisque ex promissione sua verbis facta obligaretur: sicuti & illud constat ex stipulatione nasci obligationem naturalem, citra quam nomine contractus indigna esset stipulatio, eoque si consensum,

inter-

interrogationem & responsionem in se consideremus, ista omnia, & isto respectu stipulatio etiam juris gent. est: sed eam dicimus juris civilis esse, quatenus congrua & mutuis verbis hinc inde expressa requiritur interrogatio & responsio; quæ observatio plane est juris civilis, cum ex ratione juris gent. simplex assensus quomodocunque declaratus inducat obligationem: ideoque accidentale est, quod congrua interrogatio & responsio ex ratione juris gent. obligationem producit, argum. *l. 7. §. quod si e 1 :. d. pact.* eoque respexit *ICtus in l. 1. loca'i*, quod ea non sint juris gent. quæ ad sui essentiam requirunt verba. Porro in ferendis legibus observata apud Romanos interrogatio & responsio, à partibus stipulationis prorsus fuit diversa: & fuit ea specialis ferendi leges ratio in Romano, eoque Democratico statu. Quod linguâ quâvis stipulatio fieri potuit, inde factum est, vel quia pluribus linguis Romani fuerunt usi, vel accidit propter amplitudinem imperii Romani, cum quo temporibus posteriorib. etiam ius ipsum Romanum in gentes propagatum fuit: & Romani aliâs ut maximè linguæ suæ propagandæ cupidi, contractus tamen quavis linguâ celebrari facilè permiserunt, & quod præsertim stipulatio quibusvis obligationibus adiiciebatur, eo magis libertas ista permittenda fuit. Locus ex *l. 8. §. ult. d. accept.* paulo obscurior esse videtur, quomodo & quo sensu dicatur à JCto, *hoc iure nos uti, ut iuris gent. sit acceptilatio.* Plane exinde ineptè probari existimo, quod acceptilatio sit juris gent. quoniam an sit actus aliquis à jure hoc vel illo, ab essentia & natura rei pendet, non abusu & voluntate juris vel JCtorum. Et solent ita quidam hoc explicare, quod ideo dicatur acceptilatio juris gent. quoniam inventa sit ratio & modus, quo etiam obligationes juris gent. interveniente scil. novatione per acceptilationem tollantur. Verum explicatio ista, quam etiam Gædd. sequitur *d. c. 2. concl. 1. in f.* ex iis quæ apud JCtum præcedunt & sequuntur mihi confutari videtur. Tractat enim ibi JCtus, si servus quid promiserit, ipsi quoque servo posse acceptum ferri, ita ut hoc facto citra ullam novationem etiam tollantur obligationes honorariæ ex quibus contra ipsum dominum actio datur, veluti de peculio. Ratio dubitandi, quoniam actiones & obligationes, quæ ex edicto prætoris contra dominum dantur, separatæ sunt ab obligatione, qua servus tenetur. *arg l. eo*

tempore 50. §. *secundo. d. pecul.* Rationem decidendi innuere videtur JCtus illis verbis, eo jure utimur, ut juris gent. sit acceptilatio: id est, ut existimo, hoc jure utimur, ut non tantum civile vinculum, quod est à jure civili, sed naturale quoque vinculum, & obligatio simul quæ æquitatis intuitu à prætore introducta est, perimatur, & ita eundem quem liberatio ex jure gent. & acceptilatio habeat effectum. Et hinc, quod omninò respuit explicationem Gœdd. infert JCtus, quibuscunque verbis & quacunque lingua acceptum ferri posse, quoniam si omnia vincula quæ ex stipulatione descendunt acceptilatione tolluntur, & hoc respectu ea juris gent. dicitur, consequenter quævis etiam lingua idonea erit, siquidem quacunque lingua debitorem nostrum possumus liberare: & fortassis simul respexit JCtus amplitudinem Imperii Romani, quod cum ad varias gentes prolatum esset, tanto facilius quævis illarum gentium lingua in contractu etiam jure civili introducto potuit adhiberi, velut & stipulatio quavis lingua fieri potest *l. prima, §. ultimo, hoc. titul.* quamvis aliud sit fieri quid à gentibus subiectis, & illarum gentium lingua fieri à populo Romano. Denique hic excutienda est argumentatio Treut. qua stipulationem juris gentium non esse, probare conatur. Quem contractum non potest celebrare deportatus, ille non est juris gent. atquin stipulari non potest deportatus: ergo &c. velim: Omnem contractum juris gent. potest celebrare deportatus: atquin stipulari non potest: Ergo stipulatio non est juris gent. Ratio majoris est, quia vulgo traditur deportatum retinere ea quæ sunt juris gent. *argumen. l. 17. d. pœn.* Minorem probat Treut. per *l. 14. in f. d. novat.* Sed hoc argumentum suspectum facit, quod suo sensu stipulationem juris gent. dici posse, ex præmissis apparet. Neque animadverto, quisnam futurus sit huius rei effectus, si deportatum vendere locare &c. posse concedamus, sed stipulari posse negemus. siquidem dubitari non potest, quin ex stipulatione naturalis etiam obligatio nascatur: ideoque necessum est, ut ad minimum deportatus ex stipulatione naturaliter obligetur, & alios promittentes eodem modo sibi obliget. Etenimirum deportatus aut est extra Imperium Romanum, apud aliam gentem, & apud hanc rationem deportati non habet: aut sub Imperio Romano, in insula in quam deportatus est:

&hoc

& hoc casu, siquidem pro authentica habetur *l. decima quinta, d. interdict. & relegat.* deportatus quemcunque contractum super bonis postea acquisitis, quod citra fraudem fisci fiat, celebrare potest: nam quod ad bona attinet, quæ tempore deportationis habuit, & obligationes eo tempore constitutas, omnia ex ratione juris veteris ad jus fisci pertinent, & omnes obligationes extinguuntur *l. si debitori 47. d. fideiuss.* ad quem casum etiam pertinet *l. 14. in f. d. novat.* adeoque nihil prorsus pro Tr. sententia facit.

LIT. D.

Inventus] Stipulationem & utilitatis & necessitatis causa inventam esse ait Tr. cum *Dd. & Duaren. in l. 38. §. alteri 17. hoc titul.* Et scilicet cum varia occurrant, quibus consequendis non sufficiat ordinaria contractuum natura, & ex pactis simplicibus non nascatur actio, non absurdè dicitur, & utilem & necessariam esse stipulationem per quam sufficienter & rectè nobis caveamus. Et ridiculus mihi videtur Socin. qui referente & approbante *Coras. 1. miscell. ultim.* horrere se, execrari & detestari dixit hanc Dd. sententiam, quod stipulatio sit inventa causa necessitatis: nec minus ridiculus Coras. qui ea Dd. verba risu digna putat, & contra eos hanc risu dignam rationem proponit, quod lex non possit necessitari. Etenim lex non necessitatur præcisè, sed ex hypothesi status reipubl. & conditionis civium, cui subservire leges oportet, & quod iis necessarium est ad conversationem civilem & commerciorum mutuam vicissitudinem, id rectè necessitatis causa dicitur esse introductum: quo sensu usus exigens & humanæ necessitates dicuntur *in §. sed ius. 2. vers. ius autem Inst. d. iur. nat.*

inventa utilitatis et necessitatis causa.

LIT. E.

Verbis initus.] Et quidem, ut in exegesi additur, ore prolatis quoniam ut est *in 1. h. t.* utrumq; loqui oportet. Unde infertur 1. nō posse fieri stipulationem inter absentes, videl. ita absentes, ut satisfieri non possit huic solennitati & essentiali requisito: cęteroquin licet sint in diversis conclavibus, ita ut se invicē possint exaudire, rectè contrahi stipulationem Bart. scribit *i. l. 1. in pr. n. 8.* & ibidē alii 2. nō posse contrahi scripto nec inter pręsentes quidem. 3. non posse cōtrahi nutu, si interrogatus tantū annuat *l. 1. §. 3. h. t.* Neq; his obstat *l. 1. C. d. contrah. stip.* cuius hęc sententia est, si in instrumento stipula-

Fit verbis ore prolatis

non inter absentes.

tionis aut promissionis mentio facta sit, præsumi contractum rite inter præsentes celebratum fuisse, juxta *l. 30. h. t. & §. Item 11. Inst. d. inut. stipul.* Non obstat etiam *l. ea quæ 57. d. donat int. vir. & uxor.* quoniam ibi, ut rectè vulgo respondetur: præsupponendum est, quod stipulatio prius inter præsentes verbis contracta, postea in scripturam fuerit redacta. Neque ullius momenti est obiectio *Wesemb. in paratit l. hic. num.* 10. quod non minus valeat, quod scripto concipitur, quam quod verbis nuncupatur: etenim hoc procedit positis terminis habilibus eiusmodi obligationis quæ ad sui essentiam verba non requirit, quamvis & *Cujac. in l. 1. in pr. h. t.* cautionem scripto inter præsentes factam, stipulationis loco esse putet: quod tamen non satis videtur probari ex citata ab eo *l. Titia 134. §. pen. h. t.* quia ibi præsumitur præcessisse verba stipulationis: & consequenter etiam præsumitur secuta verba responsionis: quæ mox in scripturam fuerint redacta: hoc enim ibi præsupponit JCtus, & hæc ratio dubitandi erat, ob quam non videbatur contracta stipulatio, quia non fuerat adscriptum, interroganti pecuniam cautam & promissam fuisse. Hoc autem usque adeo obtinere ait Tr. ut si verbi causa interroganti nutu alter annuat, nec naturalis quidem obligatio inde oriatur *l. 1. §. 3 h. t.* Cui obstare videtur, quod cum utique annuens consentiat *l. 52. § ultim. d. O. & A.* ex consensu naturalem obligationem constat oriri. Respondetur 1. quod ut obligatio ex stipulatione contrahatur, oporteat esse animum & propositum stipulandi, vel eo argumento quod sub eâdam formâ verborum possit fieri pactum *l. 7. §. 12. d. pact.* ideoque *d. l. 1. §. 3* accipienda est de casu, quo interrogans voluit contrahere stipulationem. 2. quod ex ratione juris civilis oportet quibusvis contractibus adesse essentialia jure eo requisita, quibus deficientibus actum nullum esse idem jus civile voluit: unde responsum est in *l. si quis 56. §. 2. d. fideiuss.* si quis nummos alienos mutuos dederit, quod essentiæ mutui adversatur, nec fideiussorem obligari, qui aliâs naturali obligationi rectè accedit: adeoque qui cum sciret interrogantem stipulationem contrahere velle, & ad huius essentiam verba requiri, tantum annuit, non seriò annuisse existimatur. 3. quod aliud sit quærere de obligatione naturali ex natura & essentia sua quam ex jure gent. habet: aliud juxta jus aliquod positivum; illa consideratione in dubio qui annuit, naturalites

paliter obligatur, sed ea obligatio jure nostro civili carebit effectu.

Verba stipulationis.] Stipulatio non absurdè definiri possit, quod sit congrua de dando vel faciendo, ad interrogationem præcedentem verbis nuncupata responsio. Et responsio scilicet congrua ex proposito hanc obligationem contrahendi: quoniam ut paulo ante dictum, verbis, iis quibus stipulamur, etiam pacisci possumus *d.l.7.§.10.d.pact.* Et ea congruitas erat olim posita in quibusdam certis directis & quasi solennibus verbis, hodie in quibuscunque voluntatem significare aptis *§.1.Instit.h.t.l.omnes C. d.contrah.stipul.* Unde explicandum est, quod ait *Tr.h.lit.inf.* ex mente contrahentium potius quam ex verbis diiudicandum esse, an stipulatio contracta sit: non quod citra verba sufficiat animus, sed quod etiam aliquando sub verbis, quibus alias stipulatio constituitur, consistere possit pactum *d l.7.§ 12.d.pact.* Non tamen abs re esse videtur, quod Hottom. observat *libr.7.obs.3.* à Tribon. admotam esse manum jam cit. loco, qui respexerit ad constitutionem *Leonis in d.l.omnes C.d.contra stipul* Juxta quam sublatis solennibus verbis magis voluntas contrahentium attendenda videtur. Et non immeritò suspectum est, quod *in d.§.12.* dicitur verba illa, *rogavit, spopondit*, non tantum pactionis, sed etiam stipulationis loco accipi: quoniam hinc inferre licet, ex his verbis potius intelligi pactum quam stipulationem. Quod cum rationi repugnat, tum contradicit quod statim sequitur, esse actionem ex stipulatu, nisi contrarium approbetur, videlicet quod partes tantum voluerint pacisci: quod efficit, ut verba, *rogavit, spopondit*, potius pro stipulatione quam pro pacto simplici sint accipienda. Nisi forte ita respondit Ulp. juxta subiectam materiam in casu, quo verba ea subiecta sunt pactionibus, & sc. ut ait, in novissima parte pactorum: in quibus terminis ex præcedentibus ea partium mens colligi videtur, quod potius voluerint pacisci: qua ratione non obstante contrarium respondet JCtus, verbis illis potius stipulationem contractam in dubio credi debere, idque propter regularem illorum verborum naturam & qualitatem: quo modo facile occurritur obiectionibus Hottom. & contra eum locus ille defenditur.

Lit. F.

Interrogatione præcedente.] Rationem, cur præcedere oporteat

interrogationem, hanc reddit Tr. quod aliàs stipulator certus esse non posset; an promissor obligandi animo responderet. Ubi incautius loquitur Treut. dum appellat promissorem & stipulatorem: quoniam ubi non præcessit interrogatio, non potest dici stipulator: nec respondisse dici potest, qui interrogatus non fuit cæteroquin ex plerorumque sententia, qui ad oblationem & pollicitationem alterus tacet, creditur acceptare, de quo actum *supra part* 1. *disputat.* 6. *thes.* 1. Et ut ex Alciat. apparet 1. *paradox.* 7. ita à Dd. ratio formatur, quod aliàs promissor certus esse non posset nec stipulator: ille, quod alter acceptaturus sit: hic, quod alter serio & non fortassis joco promiserit. Et hactenus saltem dissentit Alciat. quod ratio ista non sit solida nec perpetua: quoniam & acceptaturum alterum quod ipsius favorem concernit, & unumquemque serio potius & re præmeditata quam joco promisisse credi potest & debat. Licet adeò istam rationem non necessariam esse dicat Alciat. ea tamen impellente ita statuisse existimat jus civile, quod specialem efficacem & semper certam inducere voluit obligandi rationem: cum jure gent. non ex verbis, sed ex simplici consensu obligationes æstimentur.

LIT. G.

Responsio congrua.

Responsione congrua.] Ubi simpliciter respondetur, V. C. dabo, constat rectè contrahi stipulationem *l.* 1. §. 2. *h. tit.* §. *præterea.* 5. *inf. Institut. d. inutil. stipulat.* quoniam hic satis congrua intelligitur responsio: cæteroquin in genere respondet *ICtus in dict. l.* 1. §. 3. incongruitatem esse, si quid adiiciatur vel detrahatur obligationi; quod multis casibus evenire potest, sed principaliter tribus, in re ipsa, quantitate & qualitate: de quibus posterioribus duobus aliquid tractat Treut. Incongruitas in qualitate est, si sub conditione stipulanti purè respondeatur, quo casu vitiatur stipulatio *dict. l.* 1. §. 3. in cuius fine additur limitatio, nisi stipulatori diversitas responsionis illicò placuerit: id est si eiusmodi responsione se contentum esse protinus fuerit attestatus: quo ipso videtur quodammodo velle V. C. conditionem esse detractam, ut approbatio responsionis retrotrahatur ad interrogationem & propter coniunctionem perinde habeatur, ac si nova stipulatio contracta fuisset, ut explicat ipse *ICtus in dict.* §. *tertio.* Et hac in re re-

æ rectè puto à Treut. improbari Cuiac. qui in *l.* 1. §. *si quis ita h. tit.* quod de convalidatione stipulationis per subsequutam in continenti approbationem dicitur, male restringit ad incongruitatem quæ est in quantitate, de qua mox. Enimverò ratio jam dicta etiam locum habet ubi in qualitate est incongruitas: & approbatio ex mente JCti videtur admitti, ubi quid detrahitur stipulationi vel adiicitur; quam regulam generalem duplici exemplo incongruitatis, diei & conditionis, illustrat JCtus: & rectè Bart. & alii Dd. communius *in dict. l.* 1. §. *si quis ita*, quod in f. illius §. dicitur de approbatione sequuta, etiam ad casus initio §. propositos pertinere statuunt.

Si plus promittatur.] Hæc est incongruitas in quantitate, quæ in universum duplex, si vel plus vel minus respondeatur. Et ad hunc casum solum perspicuo errore Cujac. cit. loco restringit, quod *inf.* § 3. dicitur de approbatione sequuta: cum tamen ultro appareat, longè rectius hoc aptari ad casum, qui proximè subsequitur regulam præmissam, *in pr.* §. 4. ubi plus promissum est, cum etiam hic promissor aliquid adiiciat obligationi. Et ego ita à Cujac. dissentio, ut in casu *d.* §. 4. quo incongruitas in quantitate proponitur, etiam citra probationem sequutam stipulationem valere existimem: quod satis perspicuè probat *Vlp. in d.* §. 4. (nisi quis forte hic Triboniani manum arguere velit:) quod videlicet iusta interpretatione & re ipsa, eiusmodi responsio, quæ plus minusve continet, incongrua non sit: etenim propositam ibi dubitandi rationem, quod oporteat congruere summas, ita removet, Ulpian. quod manifestissimum sit, in 20. & 10. inesse, quod scilicet potestate & vi ipsa, qui 20. interrogat aut respondet, etiam decem interrogasse & respondisse intelligatur. Et pro hac sententia facere videtur, quod si ponamus responsionis diversitatem placuisse stipulatori, videatur inferri posse, quod qui respondet viginti, cum alter decem interrogasset, in tota viginti obligetur, contra *dict. l.* 1. §. 4. *hoc titu.* quamvis hic fortassis responderi possit, vel quod illa approbatio strictè accepta sit, ut potius in minus obligetur promissor, vel quod, quo ad rem promissam, in ipsa quoque prima interrogatione oporteat esse congruentiam, quæ hic non est nisi in decem. Porrò Cujac. ut diximus effectum approbationis tantum pertinere existimat ad eũ

casum

casum ubi minus promissum est: sed Tr. ex adverso, tantum ad eum casum quo plus promissum est: cæteroquin si minus promissum sit, citra approbationem putat valere stipulationem. Cui assentiri non possum, quoniam si ipsam æternam formam responsionis consideres, congruitas non est, si quis minus promittat: cuiusmodi adeo stipulationem valere, si quis defendere velit, & nimirum valere citra novam approbationem, necessum est considerет illam, quatenus in majori summa inest minor, & quod qui interrogavit 20. ipsa vi & potestate etiam interrogaverit 10. quo posito & admisso defendendum etiam erit, quod citra novam approbationem valeat stipulatio, si quis plus promiserit, ut eadem ratione & proportione qui promisit 20. ipsa vi & potestate intelligatur promisisse 10. & ad sententiam Tr. confutandam optimè facit, quod Justin. *in § præterea Inst. d. inutil stipul.* pariter utramque stipulationem, qua plus & qua minus responsum est, inutilem esse pronuntiat. Et ideo, contra quam putant, licet diversimodè, Cuiac. & Tr. utroque casu quo plus & quo minus promissum est, stipulationem sine alia approbatione valere existimo: quod nec obscurè videtur sentire *Bart. in l. 1. §. si stipulanti 4. h. t.* Sed valde obstat *d. § præterea 5 Inst. d. inutil. stipul.* ubi huiusmodi stipulationem inutilem esse Justin. pronuntiat. Respondet Bart. cit. loc. quod dicatur inutilis stipulatio, non in totum, sed quoad summam excurrentem. Neque verò necessum est, ut, quod Cuiac. movet, responsio Justin. *in d. §. 5.* æqualiter accommodetur & referatur ad diversitatem quæ est in quantitate, & quæ est in qualitate: & insuper institutiones Caji, ex quibus *libr. 2. titul d. obligat.* §. 10. stipulationem in nostris terminis simpliciter nullam esse probari videtur, cum multis modis corruptæ & interpellatæ sint, fidem authenticam non merentur. Dici etiam possit ad conciliationem textuum *in d. §. 5. Inst. d. inutil. stipulat & in l. 1. §. 4. h. t.* quod Justin. tantum consideraverit externam verborum formam, secundum quam incongrua est responsio, sed Ulp. potius attenderit ipsam vim & potestatem, qua considerata, responsio congrua esse intelligitur: ut proinde quod illi §. deest, ex *d. l. §* 4. sit supplendum.

Si responsio fuerit ambigua

8 *Quid in responsione ambigua.*] Ait Tr. si ambiguitas sit in verbo temporis, loci aut summæ rei, de re verò promissa constet, utiliter esse contractam stipulationem: si verò in re, non nisi utriusque consen-

consensu valere. Ubi itidem inconsultè lapsus videtur Tr. quoniam ex posterioribus verbis, quibus dicit valere stipulationem ex utriusque consensu, inferre liceat, quod in priori casu stipulatio non ex utriusque, sed alterutrius tantum consensu valeat: quod procul dubio falsum est. Et videtur Treut. non recte aut cepisse aut expressisse verba cit. Donell. *in l. 21. d. reb. dub.* ubi hanc rationem reddit, quare ubi in re est ambiguitas, stipulatio non valeat, quoniam propter ambiguitatem circa rem ipsam, desit utriusque contrahentium consensus, sine quo stipulatio constitui non potest. Cæterum quod ad rem promissam attinet, verum videtur, quod Donell. ait & post eum Treut. vitiari inde stipulationem, si non constet de qua re stipulator vel promissor senserit, sed potius res diversas intellexisse dicantur. Equidem videri possit, contractum ex ambiguitate non fieri nullum, sed tantum de ambiguitatis interpretatione esse disputandum. Sed ex adverso & ex hypothesi veræ ambiguitatis, ubi aliter atque aliter senserunt contrahentes, nullam esse stipulationem dicemus, cum utique consensisse dici nequeant, quod in stipulatione requiritur *l. 83. §. 1. & l. 237. §. 1. h. t.* Et hinc idem esse videatur, si dissensum sit propter ambiguitatem in adiecto tempore, loco vel etiam summa rei, id est, velut hoc explicat Donellus, si indistinctè modii frumenti vel libræ argenti fuerint promissæ: siquidem hæc ambiguitas & diversitas efficit, ut non dici possit congruitas interrogationis & responsionis. Et videtur hic errasse citatus à Treut. *Conell. in l. 21. d. reb. dub.* ubi ait: si in tempore vel loco sit ambiguitas, tamen stipulationem valere, adiecta hac ratione, quoniam ubi plus minusve promissum est valeat stipulatio, eo quod in maiori summa insit minor, plus autem dici etiam tempore vel loco *§. plus autem 34. Inst. d. Act.* Videtur inquam hic errasse Donell. quia aliter & latius sumitur verbum, *pluris*, ubi tractatur de pluspetitionibus: aliter & strictius hoc loco, ubi quæritur an stipulatio valeat, ubi plus promissum est, videlicet in summa & quantitate, quo casu tantum militat ratio *ICti in l. 1. §. 4 hoc tit.* quod in majori summa insit minor: quæ ratio locum non habet, ubi diversitas est in tempore & loco, in quibus terminis non potest valere stipulatio, nisi ut paulo superius dictum, diversitas responsionis illico placuerit stipulanti. Sed de ambiguitate in contractibus alibi tractatur.

LIT. H.

In continenti subsequente.] Hoc quoq; pertinet ad solennitatem stipulationis quam habet ex jure civili, ut in continenti respondeatur *l. continuus* 137 *h. t.* non tamen requiri præcisam continuationem, sed intervallum aliquod medium non nocere expressum est ***in l. 1. §. inf. h. t.*** ubi tamen quod dicitur obligationem non vitiari si stipulator discesserit, & mox reverso responsum sit, videtur contradicere principio. §. ubi dicitur inutilem effici stipulationem, si stipulator antequam sibi responsum esset, discesserit. Sed scilicet Accurs. Bart. & alii ibid. priorem partem §. intelligunt de eo, qui vel plane non rediit, vel post longum intervallum rediit: nam & ibi duo hi casus stipulatoris reversi & non reversi inter se opponi videntur: quamvis hoc casu nulla possit esse dubitandi ratio, cum certissimo jure nulla sine responsione constitui possit stipulatio: aliqua autem ratio dubitandi fuerit si paulo tardius & longiori elapso tempore reversum stipulatorem ponamus: ideoque in secunda parte §. non tantum mox discessisse, sed etiam mox reversum fuisse præsupponendum est. Notanda autem hic varietas lectionis, quæ ex gl. Accurs. intelligitur: etenim 1. cum lectio Florentina loquatur de stipulatore qui discessit gl. Accurs. hoc explicat de interrogato. 2. quod ex eâd. gl. apparet, in prima parte *d. l.* 1. § 1. ubi non valet stipulatio, in quibusdam exemplaribus, extare particulam, ***mox***: ita enim Accurs. ***sive non habeas, mox, sive habeas, non est vis, quia ponitur ibi non reversus***: atque adeò particula ea supervacua ibi futura est: qua de causa ***VValtherus 1. miscell. 22.*** eam particulam exponit, non pro, ***statim***, sed pro, ***deinde***, quod qui non advertet, Tr. hic non intelliget. In altera autem parte §. non est supervacua particula, ***mox***, quia cum intervallum longius noceat stipulationi, oportet alterum mox discessisse, & paulo post reversum respondisse, aut reverso responsum fuisse. Et hæc est communis Dd. sententia, quod intervallum modicum, ut quidem in vulgatis exemplaribus legitur non vitiet stipulationem, sed vitiet intervallum longum: quod etiam probatur ex ***dict. l. 137 in princ. d. V. O.*** ubi requiritur continuitas actus: ut tamen ea continuitas civiliter accipiatur, siquidem ipsa ***dict. l.*** 137. à contrario sensu ostendit, valere stipulationem, si eodem die respondeatur, nisi interim ad alia negotia diverterint contrahentes: & in ***dict. l. 1. hoc titul.*** Florenti-

rentina lectio habet, per intervallum intermedium non vitiari obligationem: & in *l. si duobus* 12. *in princip. d. duob. reis*, negatur constitui duos reos, si die sequenti respondeatur. Atque adeo continuus dicetur actus, non ea ratione quod intervallum medium non patiatur, utique enim satis longum intervallum est in spatio 12. horarum, sed quod actum alium extraneum non intervenire necessum sit: quod hoc facto animus contrahendi depositus esse videatur: cum aliàs deliberationis maturioris gratia responsionem distulisse quis existimari possit. Id tamen nimis extrahendum non est, argumen. *dict. l* 12, *d. duob. reis*, quod præsertim in medio intervallo longiori actus extraneus præsumatur intervenisse, & quod nimia distantia & divulsio congruitati quæ requiritur in hoc contractu obesse videatur, si non repetita responsione alter simpliciter respondeat. Qua in re errare existimo Walterum 1. *misc*. 21. qui citra ullos limites per medium intervallum obligationem vitiari negat. Quod si verò, ut existimat Walter. deliberatio maturior, quæ intervenisse præsumitur, utilem facit stipulationem, nec obstabit alterum ad alia negotia divertisse, quoniam hoc deliberationem non excludit.

LIT. I.

Interroganti obligatur.]. Istud constat, quod in exegesi Treut. ex verbis hic nasci obligationem: sed non æque quod subiicit, nasci tantum ex verbis ut præcedat interrogatio, sequatur responsio, & ita nasci tantum ex stipulatione. Etenim ut maximè ita hodie obtineat, ex ratione tamen juris antiqui, alterutro tantum loquente, videl. ex dictione dotis & jureiurando liberti, obligationẽ verborum natam fuisse, defendit *Cuiac in l.* 1. *in pr. h. t.* & latè comprobat *Gœdd. in proleg. d. contrah. stip. n.* 7. *& mult. seqq.* Sed opinio Tr. cõfirmatur à Donell. *ad rubr. D. h. t* quẽ supra pro se citavit *Tr. part.* 1. *disp.* 21. *th.* 2 *lit. A.* Et 1. in genere is argumẽtatur ex *l.* 1. §. 7. *d. O. & A* *iũcto pr. Inst. h. t.* ubi simpliciter dicitur, ꝙ obligatio verborũ ex interrogatione & responsione, adeoq; ex stipulatione nascatur. Deinde in specie contra dictionem dotis disputat, quod ex ea non fuerit nata specialis verborum obligatio, sed qualis ex pactis lege confirmatis oriri solet, arg. *l.* 6. *C. d. dot. promiss.* ubi Impp. constituunt, quod dos ex quacunque promissione qualibuscunque verbis fa-

cta, exigi possit. Denique contra jusiurandum liberti hoc affert Donell. quod ex eo aut nulla, aut ex juramento potius oriatur obligatio: cui hoc addere licet, quod hoc possit referri sub stipulationem, quoniam qui aliquem juramento adigere volebant, solennia verba, in quæ juraret, præire solebant: cuiusmodi exemplum extat apud *Plautum in Rudente act 5. scen nunquam edepol.* & plura eiusgeneris apud *Brissonium lib. 8. de formul. popul Roman pag. mihi, 712. & sequent.* Sed ex adverso pro Cuiac. facit locus apud *Caium libr. 2. tit. 9. d. oblig. §. 2. 4. & 5. juncto tit. Vlp d. dotib. in princ.* quibus locis specialis hæc proponitur obligatio ex dictione doris, & jureiurando liberti, quæ cum neque sit ex literis neque ex nudo consensu, neque ex re, consequens est ut sit ex verbis. Et in specie, quod dictionem dotis attinet, facit *l 3. Cod. Theodos. d. incest. nupt.* ibi, *dos data, dicta aut promissa* & *l. ultim. C. Theodos. d. dotib* ibi *etiamsi dictio vel stipulatio*. ex quo loco, juncta *l. 6. Cod d. promiss. dot.* liquido apparet fuisse olim specialem eiusmodi obligationem, & falsum esse, quod Donell. obligationem eam ex simplici pacto deducit: siquidem id demum factum est per novam constitutionem, ut simplicia verba pro facienda dotis exactione sufficerent: & sunt eiusmodi dictionis dotis non pauca exempla apud Comicos. Quod ex jureiurando liberti nascatur obligatio verborum, confirmat *l & per 13 d acceptilat. juncta l. 8 § 3. eod.* unde efficitur hoc argumentum: quæ obligatio tollitur per acceptilationem, ea contrahitur verbis *d. l. 8.* atqui ista obligatio tollitur per acceptilationem, Ergo &c. Neque quod in *d l. 13.* JCtus ait verius esse, signum est dubitantis, ut Donell. putat, sed modestè affirmantis. Neque verbis JCti in *d. l. 13.* convenit, ut ibi novationem intervenisse præsumamus: multo minus ut per exceptionem tantum sublatam ibi obligationem dicamus, quod accidit, ubi obligatio re aut consensu contracta per acceptilationem remissa est *l. 19. d. acceptil.* Illud verò frigidum est, quod Donell. inter hæc duo, *verbis consistere, & verbis contrahi,* distinguit: quæ eiusdem esse significationis, ostendit *Gœdd. in prolegom. numer. 35.* ubi latius & nimis latè hanc rem tractat. Et ex his ferè satisfieri etiam potest obiectionibus Donell. & quod dicitur in *l. 1. §. 7. d. O. & A. & in princ. Instit. d. V. O.* exempli causa traditum videtur: quamvis posterioribus temporibus ferè in desuetudinem abiisse duas istas species obligatio-

gationis verborum non ſit ambiguum, ut non immeritò Juſtin. verborum obligationem, tanquam in ſola ſpecie ſtipulationis conſiſtentem conſideraverit: ſed & jure veteri ſpeciem hanc nobiliorem & frequentiorem fuiſſe certum eſt, ut non tamen omninò excluderentur duæ illæ ſpecies, ſed obligatio verborum ita diſtinguenda eſſet, ut vel utroque vel alterutro loquente contraheretur. Illud verò jam falſum eſſe oſtendimus, quod ex dictione dotis non alia, quam quæ ex jure confirmatis pactis oriri ſolet, naſcatur actio, quippe quod hoc demum effectum per conſtitutionem *l. 6. C. d. dot prom:ſſ.* & aliàs quævis perſona dotem dicendo obligata fuiſſet, quod contra ſe habuiſſe docet Caius *dict. loc.* & ſi quis hodie ex pacto nudo naſci dicat actionem, ut vulgo creditur naſci ex jure Can. is ineptè negaverit olim ex promiſſione interrogationi congrua ſpecialem verborum obligationem natam fuiſſe. Et proinde nec ideò quod jurata in alterata ſpecie eſt promiſſio, verbis obligationem contrahi, negandum eſt: quoniam ſingulæ ſpecies in communi genere verborum obligationis convenientes, aliquid proprii habent, & tanquam diſtinctæ ſpecies habere debent: & propter hoc ſpeciale, quod religioſa aſſertio accedit, dicitur obligatio juriſiurandi *l. 7. in pr. d. oper. libert.* unde male infert Donell. non eſſe obligationem verborum.

L i t. K.

Addandum.] Id eſt, ut Treut. explicat, ad dominum transferendum. Et quidem, *dare*, homonymum eſt, ſed Juridicè in hac materia, ſignificat, dominium transferre argum. *l. 75. §. ult. h. t.* Ubi tamen notandum, ſi ex obligatione dandi res aliena bona fide accepta ſit, hactenus valere traditionem, ut transeat jus uſucapiendi: quod oſtendunt tituli, pro donato, legato, dote &c. qua de re & quatenus in re aliena & qui contractus ſubſiſtant, tractatum eſt ſupra *d. ſp. h. t. 4. lit. C.* nihil autem hac de re invenio apud cit. *Petr. Fabr. in l. 167. d. reg. iur.* & poteſt ſuo ſenſu juxta jam dicta in utramque partem iſtud defendi. Infert autem inde Tr. quod dare obligatus non liberetur, præſtatione eius quod intereſt. Verum hæc conſequentia vitioſa eſt: quoniam cum dicimus, ex obligatione aliqua dominium transferendum eſſe, ut in *l. ubi 75. §. ultim. h. t.* hoc dici intelligimus, quod debitor tradendo non liberetur, nec obligationi ſuæ ſatisfaciat, niſi res fiat accipientis.

ita ut si res aliena tradita fuerit, perinde sit ac si nihil traditum esset, & integra actio supersit creditori: minimè autem hoc dicimus, quod debitor præcisè dare teneatur, ut ostensum *est d.d sp.7.th.4.&* plenius *part.1.disp.28.th.2.* ubi nominatim hanc rationem & consequentiam refutavimus.

LIT. L.

Vel faciendum.] Illud ferè apud omnes in confessio est, quod ex obligatione faciendi non præcisè astringatur promissor ad factum, sed præstatione pecuniæ, quanti interest creditoris, liberetur *l 13.§.ult d.re iud.* Et est eius rei manifesta ratio, quod eiusmodi facta, de quib. hic agitur, mera sc. & pura, quæ perficiuntur opera membrorum corporis, veluti Romam ire, fossam fodere, insulam ædificare &c. nulla ratione possunt obtineri ab invitis, neq; legislator Romanus violentam quasi impressionem in corpus fieri voluit: & ut verissimè *Duar. in l. stip.72.h.t.* servile esse existimavit, præcisè quē ad faciendum cogi, cum nec res exitum habere possit in pervicaci debitore. Ideoq; alia remedia suppeditavit, quib. obviā iretur debitori nō servanti fidē: ut videl. quanti interest creditoris præstare teneretur, vel pœnam, quā providus creditor stipulatus est, cuius metu promissor factum impleret, ut docet *Iust. in §. ult. Inst. h.t.* qui locus vel solus huic sententiæ confirmādę sufficere potest. Alia ratio est obligationū dandi, vel quia post moram commissam ad dādum agitur, nō ad faciendū, ut paulò post dicemus: vel quia in cōtumacia evidentiori citra impressionē in corpus manu militari res auferri potest debitori, *l.68 d. rei vind.* & notatū supr. *part.1.d.disp.28.th.2.* Et hoc respectu dici potest quem præcisè teneri ad dandum, non autem quod ipse præcisè compelli possit rem tradere vel dare: sed nimirum ubi præcisè juxta eum modum quo contractum est obligationi satisfit, quomodocunq; non absurdè dicitur debitor teneri præcisè ut satisfaciat obligationi. Ab hac aūt sententia male discessit *Coras. 2. misc. 3.* ubi æqualiter in dandi & faciendi obligationibus debitorem præcisè obligatum esse contendit, cuius rationes, ex quib. aliquæ colorē habent breviter confutabimus. Ratio prima est, quod conveniat servari promissa. Respondeo cōvenire utiq;, & peccare eū qui non servat, itidēq; certis modis coërceri, sed exinde præcisam necessitatem vitiosè inferri. 2. quod interfit stipulatoris factum ab ipso promissore potius, quam ab alio

præſtari, cum inter artifices magna ſit differentia. Reſpondeo ad hoc ipſum intereſſe teneri promiſſorem, qui factũ non præſtat: cæterum præciſam neceſſitatẽ hæc ratio non concludit 3. ita colligit. Si ex facti obligationib. tacitè inductis à lege præcisè quis cõpellitur ad faciendũ, ergo & multo magis ex conventionib. propriis & expreſſis. Antecedens ꝓbat ex *l. hæreditatẽ* 28. *d. don.* Reſp. ſive ponas tacitè hoc ineſſe ut creditorib. ſatisfiat ſive expreſsè conventũ, ut in ſpecie *l.* 22. *C. d. don.* nihil ex ea lege pro Coraſio concludi poſſe, quoniã ibi intelligitur coactio nõ pręciſa, ſed juxta naturã actionis præſcriptis verbis alternata, ut aut fiat quod conventũ eſt, aut intereſſe præſtetur. Species hęc eſt. Pater filiæ ſui juris donaverat hęreditatẽ ſibi relictã, hac conditione, ſive expreſſa ſive tacitè intellecta, ut ſatisfaceret creditorib. hęreditariis: ſi filia non ſtet convẽtioni, & ob id pater à creditorib. hęreditariis conveniatur, (neq; n. ex pacto inter patrem & filiã creditoribus adverſus donatarium actio dari poteſt *d. l.* 22. *C. d. don.*) agẽt pater contra filiam, ut creditoribus ſatisfaciat, aut quantũ pater his præſtiterit, tanti condemnetur: ex quo præciſa defendendi neceſſitas malè infertur: & hoc modo ſi emtor hęreditatis non ſatisfaciat creditoribus, quicquid venditor conventus præſtiterit, actione ex vendito repetit ab emtore. 4. obiicit Coraſ. quod vulgo receptum eſt, emtorem præcisè tradere teneri. Reſp. vel hoc falſum eſſe, ut probatum eſt ſupr. *part.* 1. *diſp.* 28. *th.* 2. vel admiſſa ea opinione, diverſam eſſe rationẽ obligationum ad factũ merum & nudum, & ad factum, ut loquuntur, pręgnans, conſiſtens in tradendo, quod hac in re eiusdẽ ferè rationis eſt, cuius eſt datio, quoniam utroq; caſu contumaci debitori, manu militari res auferri, & ita præcisè obligatio uti contracta eſt effectui & executioni mandari poteſt. 5. ratio eſt quod aliud pro alio invito debitore ſolvi non poſſit. Reſp. vel quod hæc regula fallat in caſu neceſſitatis, ſiquidem leges præcisè quem ita cogi non patiuntur, adeoque ſpeciale ſit in hoc genere obligationis: vel quod poteſtate juris propter moram, intereſſe in locum facti ſubrogetur: vel quod reus dum ad intereſſe condamnatur, pœnam quodammodo ſubeat non obſervatæ promiſſionis: cæteroquin aliud pro alio ſolvere ita non permittitur, ut vel aliud factum vel factum promiſſum per alium præſtetur. 6. adducit Coraſ. *l. ſi cum exceptione*, *alias*, *item ſi cum* 14. §. *ſed etſi quis* 9. *in fin. quod met. cauſ.* ubi dicitur quod reus omnimodò compellatur facere acce-

ptilationem. Resp. ex proposita hac legis specie. Extorserat quidem per vim ab aliquo stipulationem V. C. in centum, & antequam ea exegisset, in quadruplum condemnatus fuit: quæritur an si agat ex stipulatu, exceptione ex edicto submoveri possit: quod rectè negat ibi Julianus, quoniam quadruplum in edicto quod metus causa, non totum est pœna, sed in eo est simplum, quod cum hic metum passus consequutus sit iniquum fuerit, hoc eum contra naturam actionis quod metus causa lucrari, quod aliàs effectu reus in quintuplum condemnaretur. Labeo tamen nihilominus existimavit obstare exceptionem: fortassis quod ex stipulatione violenta exactionem esse, non conveniat edicto prætoris: quæ sententia in *d.* § 9. dura appellatur, & quasi remedii loco definitur, in eiusmodi specie reum in triplum tantum condemnandum, & ut stipulationem acceptam faciat, compellendum esse. Non censeo utendum esse distinctione Joh. Andr. quam refert Coras. inter factum difficilius & levius, cuiusmodi est acceptum ferre: sed dicam vel cum Ant. Fabr. à Tribon. illum locum esse corruptum: vel potius non intelligendam præcisam necessitatem, sed hoc velle JCtum, quod reus debeat condemnari in triplum, ipsique iniungi, ut accepto debitum ferat: quod si non faciat, ordinario jure metum passo aut perpetua dabitur exceptio, aut condictio incerti ad liberationem, cuius eventus est, ut si reus liberare nolit in interesse condemnetur. 7. ratio est ex Panormitano, quod maritus & uxor perpetuo sibi cogantur cohabitare. Resp. vel quod hoc simpliciter verum non sit, sed aut coguntur cohabitare, aut aliis nuptiis abstinere: vel potius quod ab obligatione illa speciali & singulari ineptè ducatur consequentia ad obligationem pecuniariam. 8. ita colligitur. Si ex obligatione descendente ex voluntate alterius præcisè quis obligatur ad faciendum, ergò etiam & multo magis ita tenebitur ex obligatione, quæ ex conventione propria descendit. Antecedens probatur ex *l. fideicommissa* 11. § *ult. d. legat.* 3. ubi à testatore opus facere jussus, non auditur si velit pecuniam dare ad opus faciendum. Non respondebo hic, speciale id esse, vel quia testator expresè adiecit super illum opus fieri velle, vel quod hoc tributum sit favori ultimarum voluntatum: sed ut antea, dicam, præcisè ibi heredem vel legatarium non compelli ad opus faciendum, sed ex hypothesi, si velit hereditatem

tatem aut legatum, sub conditione faciendi opus sibi relictum, capere: quia voluntas testatoris, qui per hunc cui hereditatem vel legatum dedit, opus fieri voluit, eludi non debet. Et est adeo hæc necessitas non præcisa, sed conditionata, si heres aut legatarius esse velit, quod utrumque & hereditatem & legatum repudiare, in ipsius est arbitratu. Ad eundem modum si promisero alicui centum, sub conditione faciendi operis, non dubito exceptioni fore locum, si stipulator opere non facto centum illa persequi velit. Et hinc etiam respondeo ad obiectionem quæ 9. affertur *ex l. seo & hæ* 35. §. *ultim. d. procurat.* ubi dicitur, quod procurator defendere compellatur. Etenim & hæc necessitas conditionata est, si quis alterius nomine actionem sibi dari velit: quamvis Accurs. ibi existimet, procuratorem pręcisè cogi, postquam jam actionem sub conditione defendendi accepit, ne eludatur autoritas prætoris: sed etiam post actionem concessam poterit removeri procurator ab ulteriori persequutione, si defendere recuset. An autem si juramentum accesserit, præcisè quis facere teneatur, v. Jason *in l. si pecuniam, d. condict. caus. dat. c. l. 8 vers.* Glosella, ubi ipse sequitur affirmativam, quam ait esse communem Legistarum & Canonistarum, sed contrariam negantem jure nostro veram esse non dubito: v. etiam *Covarr. in cap. quamvis d. pact. in 6 p. 1. §. 4. num* 11.

Quod solum ex hac stipulatione petitur.] Quæstio his verbis implicatur non levis: an ex stipulatione faciendi possit agi ad factum, ut reus nihilominus præstando interesse liberetur, an verò ad factum agi non possit, sed tantum interesse in actionem sit deducendum, quod verbis jam relatis satis perspicuè affirmat Tr. cuius & ego sententiam veram esse existimo, quæ confirmatur per *l. ultim. si quis in ius vocatus non iverit*, ubi dicitur agendum esse in id quod interest si non fiat: facit *l. si cœnam* 68. *h. tit.* Confirmo amplius & declaro hoc modo. Interesse in obligatione faciendi, simile est pœnæ, quam quis separata stipulatione promissioni de faciendo subiicit, ut apparet *ex § ultim. Instit. h. tit.* & scilicet in locum eius pœnæ, quæ interesse conventum à Dd. appellari solet, interesse hoc, quod commune dicitur, succedit & subrogatur. Sicut adiecta pœna duæ sunt stipulationes, ita, ut cunque pœna expressa non sit, duæ quodammodo, quod verissimè observavit *Duar. ad l.* 72. *h. tit.* sunt obligationes, altera expressa de faciendo, altera tacita

de eo quod intereſt præſtando. Et porrò ſicut illo caſu poſt moram introducitur quædam novatio, poteſtate ſtipulationis pœnalis expreſſæ, de quo mox dicemus *thes. ſq lit. H* ita & hic poſt moram in faciendo commiſſam contingit novatio quædam tacita poteſtate legis, & ſuccedit obligatio ad intereſſe. Firmandæ huic rei & hoc conferre videtur, quod promiſſo facto nec præſtito, dubitatum fuiſſe conſtat inter veteres JCtos, quando ex ſtipulatione agi poſſet: nimirum an ubi tantum tempus tranſivit & totum, quo opus abſolvi poſſit, an ſufficiat præteriiſſe tantum temporis, ut computatione facta à die ſtipulationis interpoſitæ, amplius intra illud tempus opus illud perfici non poſſe conſtet. Nimirum non aliâ de cauſa dubitatum hoc fuiſſe videtur, quam ut conſtaret, quando ex ſtipulatu ad pecuniam, quoniam fruſtra ad factum ageretur, pro conſequendo eo quod intereſt, agere liceret. Et hoc comprobatur eleganti textu in *l. ſi inſulam* 84. *hoc titul.* ubi dicitur, moram purgari poſſe ante litis conteſtationem, ſed poſt eam non prodeſſe, ſi reus ædificet, id eſt in genere, ſi faciat quod conventum fuit. Perſpicuè autem apparet. JCtum loqui de eo, quod in actionem venit jure ordinario, quoniam ſimpliciter loquitur de lite ex obligatione faciendi conteſtata, & adeo ſuper quo ibi litis conteſtatio facta fuit, id tantum intelligendum eſt eſſe in ponne: dubium autem non eſt, quin ibi lis conteſtata fuerit, ſuper eo quod intereſt, non autem ſuper ipſo facto: cæteroquin falſum eſſet quod ibi ait JCtus, fruſtra poſt litem conteſtatam ædificari quoniam non eſt incerti juris, ſuper quo litis conteſtatio facta eſt, eo quandocunque usque ad ſententiam præſtito, reum liberandum & abſolvendum eſſe: quod tum manifeſtæ rationi congruit, tum textus eſt expreſſus in §. *ult. Inſt d. perpet. & tempor. act.* & eod. modo qui ante litem conteſtatam ſolvit quod promiſerat, pœnam ſtipulatione expreſſa ſubiectam, evitabit.

THESIS II.

LIT. A.

Tam liberi quam ſervi.] Dicendum potius erat, tam ſervi quam liberi: & illi videl. ita, ut ſicut ex aliis contractibus, naturalem ſibi obligationem, reliquum domino acquirat. Pertinet autem hoc ad commu-

commodum locum de obligationibus, nisi quatenus stipulatio, quæ verbis contrahitur, proprium quid habet, hoc loco explicandum.

Sic servus hereditarius.] Tres hic distinguendi sunt casus 1. quando servus stipulatur indefinitè, veluti 100. dabis: quo casu dubium nō est valere stipulationem, quę vires capit ex persona ficti domini, qui est hereditas jacens, quę interim loco domini est *in pr. Inst. d. stip. serv.* licet emolumentum stipulationis acquiratur hęredi, qui postquam adiit jam retro ex morte defuncti hęres fuisse fingitur *l. omnis 38. omnia 193 d. reg. i r.* quo respectu dicitur hereditas repræsentare personam hęredis *l. 24 inf. d. novat.* ut explicatum *supra part. 1. disp. 4. th. 1.* & hoc modo & casu dicitur in rem concepta stipulatio *in l. si unus 27. ult. d. pact.* de quo casu accipienda est *l. servus 25 d. stip. serv.* Secundus casus est, si servus ipsi hęreditati jacenti stipuletur: & hic quoq; cum hęreditas domini loco sit, stipulatio subsistere videtur, idq; satis perspicuè affirmat Tr. dum ait, servū hęreditarium rectè stipulari hęreditati jacenti: nam & simpliciter dicitur in *l. servus 35. d. stip. serv.* quod servus hęreditarius rectè stipuletur hęreditati. Neq; obstat, quod defuncto, cujus personam dicitur sustinere hęreditas, frustra servus stipulatur *l. 18 §. 2 d. stip. serv.* quoniam non defuncti qua talis personam sustinet hęreditas, sed ut, quoad ea quæ in jure consistunt, perinde habeatur, ac si defunctus adhuc superstes esset. Tertius casus est, si servus stipuletur hęredi futuro, & hic duplex: quoniam vel stipulatur simpliciter hęredi futuro, & sub nomine appellativo, veluti ei qui ex testamento aut intestato hęres futurus est: vel stipulatur sub nomine proprio hęredi Titio vel Sempronio. Illo casu stipulatio valet juxta *l. 28. §. ult. stipul. serv.* qui de hoc casu accipiendus est, eodemq; referenda ratio ibi proposita, quod retro hęreditas adita intelligatur: hoc casu non valet stipulatio, cum Titius vel Sempronius nec domini sint, & incertum sit adhuc an futuri sint hęredes: de quo casu sunt textus in *d. l. 27. §. ul. d. pact. & in l. 16. d. stip. serv.* Et notādum est, hic ambiguum esse verbum, *nominatim*, quoniam nominatim etiā potest dici servus stipulari, qui stipulatur hęredi futuro: sed in hac quæstione ita dicimus stipulari servum, qui adiecto nomine proprio stipulatus est: & ex adverso etiam dici potest hæredi futuro stipulatus, qui nomē Titii adiecit, quomodo hoc accipi videtur in

l. 18. §. 2. *d. stip. serv.* sed in dubio, cum heredi futuro servum stipulatum dicimus, non adiecto proprio nomine stipulatum servum intelligimus: quo modo probabiliter textus variè hac de re loquentes conciliari posse videntur, cum *Accurs. ibid. & Cuiac. in d. l. 27. §. ultim. d. pact.* Hottom. autem 3. *observat.* 19. meras antonomias & tres contrarias JCtorum sententias constituit: quamvis & Accurs. notat *ad d. l.* 16. *d. stipulat. servor.* quosdam existimasse, quod una lex per alteram corrigatur, nec obscurum est *ex dict. l. 8. §. 4. d. stipulat. servor.* in hac quæstione inter JCtos non satis convenisse.

LIT. B & C.

Prohibentur qui non possunt audire vel loqui.] Sub hos refert etiam infantem, quem adeo oportet Tr. in specie eum intellexisse qui loqui non potest, iuxta notationem nominis: & tamen in jure nostro latius usurpari solet verbum infantis, ita ut ætas infantiæ extendi soleat usque ad annum septimum: nisi fortassis Treut. intelligit, *loqui*, cum sensu & quodam intellectu, ut etiam intelligat quid loquatur: ita nnim solet describi infans, quod non intelligat quid loquatur, ut maximè verba articulata proferre possit: nam & *in l. 1. §. 1 ll. t.* infans cum surdo & muto coniungitur: quæ tamen comparatio non simpliciter accipienda est, sed hactenus, quod nemo ex illis ipse stipulari possit: cæteroquin in eo quod sequitur de stipulatione per servum contrahenda, differentia est: quoniam mutus quidem & surdus mediante iussu per servum stipulationem contrahere possunt, quoniam propter præsentiam & iussum perinde est ac si ipsi domini contraxissent: infans autem nec quidem per servum contrahere potest stipulationem: adeoq; quod JCtus ait in *d. l. 1. in pr. vers. si quis igitur h. t.* tantum referendum est ad mutum & surdum, non etiam ad infantem: & ratio differentiæ est, quod illi rectè iubere possunt, sed infans iubere non potest. Neq; obstat *l. 2. & 6. rem pupilli salvam fore*, vel quia speciale est in stipulatione illa, favore pupilli, ut non male sentit Accurs. vel quia, ut Treut. notat, loquuntur illi textus de pupillo qui fari potest: quod cum ipso fatente Treut. notet *Cuiac. in l. 1. in princ. h. tit.* non intelligo, qua de causa pro dissentiente citetur Cuiac. Nec movere debet, quod Cujac. infantiam eodem loco anno septimo definit: quia intelligit pupillum qui ita fari possit, ut simul intelligat quod loqua-

loquatur, licet nondum intelligat quid agat, ut ait JCtus in *d. l 6.* adeoque qui infante maior est. Videtur autem Treut. confundere diversas quæstiones, an servus stipulari possit infanti, quod procul dubio speciale est *in stipulat rem pup. salvam fore* : &, an ipse infans stipulari possit, in qua distinctione ætatis opus esse videtur. Illud certum est, quod traditur lit. C. illos stipulare posse, qui possunt consentire, quia citra consensum nulla conventio subsistere potest: quod rectè remittit Tr. ad locum communem de obligationibus & pactis. Illud obiter noto, quod parum subtiliter dicatur, mutum prohiberi stipulari: perinne ac si quis dicat, mutum prohiberi loqui.

LIT. D.

Alteri quoque stipulari.] Hoc non rectè sub tractatum de personis referri videtur. Est alias notissima hæc regula juris, quod alteri quis stipulari non possit: licet hoc non stipulationi proprium, sed omnibus obligationibus commune sit. Rationem reddit Justin. *in* §. *alteri* 18. *Institut. d. inutil. stipulat.* quod obligationes inventæ sint, ut quisque agat quod sua interest. Sed ista ratio videtur esse insufficiens, & tantum ostendere, cur alteri actio non quæratur, non autem, cur non quæratur ipsi stipulanti: quoniam ita jus est ut ex ejusmodi stipulatione, Titio centum dabis, nec Titio quæratur actio, nec mihi. Sed nimirum hujus ratio in aperto est, quoniam mea persona stipulationi inserta non est. Solent aliàs Dd. cur alteri non quæratur actio, hanc reddere rationem, quod obligationem vel conventionem, tanquam actum civilem in persona ipsorum agentium fundari & radicari oporteat, argum. *l. quacunque* 11. *d. O. & A.* unde rationem differentię petere solent, propter quam possessio per alium veluti procuratorem nobis acquiratur, quoniam possessio quæratur per actum naturalem, videlicet per apprehensionem possessionis, qua in re alium, cui operam nostram accommodamus, possessorem efficimus *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *d. acquir. poss.* quamvis hoc ipsum præter regulas juris communis receptum fuisse appareat *ex* §. 5. *Institut. per quas pers. acquir. l.* 1. *Cod. d. acquir. poss.* Et sanè nihil in alium transferri per nos potest, nisi per aliquod legitimum & proportionatum medium: stipulatio autem tale medium esse non potest, per quod obligatio vel actio in alium transferatur, quoniam conventiones prorsus af-

ficiunt personas, & in iis subsistunt. Transferendæ autem & acquirendæ alteri possessionis medium habile est, res alieno nomine apprehensa: quo modo non possum alieno nomine contrahere, ut inde nascens obligatio & actio, sine alio facto in alium transferatur: sed necessum est, ut obligatio prius in persona mea radicata per cessionem, quæ species quædam traditionis est, in alium transeat: quamvis nec hoc modo ipsa mihi acquisita obligatio & actio transferri possit, sed potius nudum actionis exercitium, quando quidem actiones ex conventionibus quæsitæ, ut Dd. loquuntur, creditorum ossibus inhæreant, nec inde avelli possint, qua de re non est hic agendi locus. Et hinc nec per procuratorem quidem nostrum nobis actio sine cessione quæritur *l. 49. in f. d. acquir. poss.* exceptis quibusdam casibus, quibus ex stipulatione procuratoris domino utilis actio accommodatur: veluti ex prætoriis stipulationibus *l. in causa. 27. in f. & l. seq in princ. d. procurat* si procurator ex re domini stipulatus fuerit *l. quod procurator. 68. d. procur.* & si præsente domino stipulatus fuerit *l. si procuratori 79. d. V. O.* quamvis ibidem Cuiac. ex posterioribus duobus casibus unum faciat, & tum demum utilem actionem domino acquiri statuat, si eo præsente ex re ipsius procurator fuerit stipulatus: cuius sententia [illegible] admittenda videtur, cum textus diversissimis locis positi indistinctè loquantur. Neq; movet obiectio Cuiac. quod ita ex omni stipulatione procuratoris domino conpetitura sit actio: quoniam *ex re domini*, strictè accipiendum est, veluti si circa rem, quæ domino acquisita est, stipulatio interposita proponatur.

Ius enim potestatis.] Proponere hoc videtur Tr. tanquam exceptionem à regula qua alterū alteri stipulari posse negatur: sed ea revera exceptio non est, quoniam cum jure nostro omnia omninò acquirātur dominis & parētibus, in hac materia obligationū filius & pater, dominus & servus, pro iisdē habentur: ex quo fit, ut pater à filio, & dominus à servo frustrà aliquid stipulentur § *item 6. Inst. d. inut. stip.* hæc autem regula, quod alter alteri stipulari non possit, ad extraneos, & quorum potestati subiecti non sumus, pertinet.

Filius fam. patri.] Ex stipulatione filii patri acquiri ait Tr. licet conditio stipulationi adiecta extiterit postquam filius emancipatus fuit, *l. si filius f. 78. d. V. O. l. 18. d. Reg. iur.* cuius ratio ex eo dependere videtur, quod respicitur initium contractus. Et adeo si tem-

pore

pore stipulationis in potestate fuerit filius, acquiritur patri, neque attenditur, quod post sublatam potestatem existit conditio: quod secus est in legatis conditionalibus, quæ acquiruntur V. C. filio, si existente conditione sui juris reperiatur. *l. 5. C. d. conditio. insert. l. si usufr. uct. 14 §. ult. quand. dies legat. ced.* Hinc etiam illud descēdit, quod stipulatore ante conditionis existentiam defuncto spes transit in hæredem §. *pen. Inst. d. inut. stip.* qui existente conditione rectè agit *l. is qui 42. d. O. & A.* ubi hoc respectu hic stipulator appellatur creditor, & opponitur legatario conditionali, qui pendēte conditione decedens nihil ad hęredem suum transmittit *l. 4 inpr. quando dies legat. ced.* Rationem aūt differentiæ quoad prius, quod proponitur *in l. 78. h. t.* & videl. inter stipulationes & legata, reddit *gl. in l. 5. C. d. cond. insert.* quod in contrahendo versetur opera industria & factū filii, ex quo patri jus quæritur, non aūt in legato: quam gl. rationem duplici obiectione refutare conatur Bart. altera in *d. l si filius. 78. h. t.* ꝙ quidam contractus ꝓcedat sine facto filii, ad quod allegat *l. liber homo. 19. d. acq. rer. dom.* ex qua videtur probare velle, eventurū ex ratione Accurs. ut si quid sub conditione donetur filio, non acquiratur patri, si sublata potestate conditio existat. Verum utcunq; citra stipulationē, pactum nudū aut traditionem intervenisse dicas, est hic utiq; actus filii accipientis & acceptantis. Altera obiectio Bart. refertur à *Salic. in l. si uxorem. 5 C. d. cond. insert.* quod donatio mortis causa æstimetur potius ex persona servi aut filii, quam domini aut patris *l. si filio 25. & l. ult. d mort. caus. don.* Sed rectè respondet Salic. hoc ideo fieri, quoniam donatio mortis causa sit similis legatis. Cæterum Bartol. in *dict. l. 78.* hanc reddit differentiæ rationem, quod in conventionibus conditio existens retrotrahatur ad tempus ipsius contractus. Sed eam rursus rationem *Salic in d. l. 5.* duplici fundamento impugnat. 1. quod cōditio sub qua quis institutus est, retrotrahatur ad tempus mortis, ne unquā testator defunctus videatur fuisse sine hærede *arg. l. quod dicitur. 38. d. mi it. test.* unde etiam hæres qui adivit, retro à morte defuncti adivisse creditur: & tamen filius institutus sub cōditione, si ea existēte sui juris sit, ipse acquirit hæreditatem *arg. l. si solus 82. §. 2. d acq hered.* Sed responderi potest, vel quod cōditio utiq; non retrotrahatur ad tempus institutionis, vel ꝙ ad hunc unicum effectū retrotrahatur, ne aliquo tempore sine hærede defunctus fuisse videatur: sed & speciale hic est, quod exi-

existente conditione pater citra factum filii adhuc in potestate constituti, hereditatem acquirere non potest. Secunda Saliceti obiectio est, quod cum conditio potestativa non trahatur retro *l.9.inf.princ.& §.1.qui potior.in pign.* non minus tamen in hac obtinere debeat decisio *l.78.h.tit.* Resp. quod imò *dict.l.78.* tantum pertineat ad conditionem casualem vel mixtam, quod in terminis tradit *Bart.in d.l.* 75. & inde respondet *ad l.si debitori* 47. §.1.*d.fideiuss.* ideo non acquiri obligationem patri, quod ibi conditio sit potestativa: idemque probat *Zas.in d.l.* 78.*num.*12. quamvis nec male respondere videatur *gloss.in l.*18.*d reg.iur.* quod in specie *d.l.* 47. obligatio nascatur & constituatur ex novo facto filii, & videlicet ex credita pecunia. Et videtur in genere ita statuendum esse cum Bart. quod ubi hoc modo post emancipationem ex novo facto filii obligatio nascitur, ipsi filio actio quæratur, velut in specie *l.si vero* 12.§ *si fi io.6.mandati*, per regulam generalem gl. quam refert *Zas.num.*10.*inf.* quod quandocunque filius factus sui juris ageret vel haberet actionem, etiamsi non præcessisset conventio conditionalis, toties illum agere ipsum si præcessit contractus conditionalis, dum erat in potestate. Cæterum ex iis quos pro dissentientibus citat Treut. *Baldus in d.l.78.h.t.* simpliciter dicit, quod inspiciatur status personæ tempore stipulationis: & ibid. Duaren. utitur ratione glos. quod in legatis nulla intercedat opera vel industria filii: quam etiam refert Zas. *eod. loc.* adiuncta simul ratione Bart. quod conditio retrotrahatur ad tempus contractus: & rectè ulterius investigandum ait, quare non idem obtineat in legatis: & ex Raphael. Cuman. post Jas. affert hanc rationem, quod contractus utriusque consensu constantes, ex seipsis habeant robur & fundamentum, ut necessum sit existente post conditione, inspici tempus contractus, qui licet condicionaliter conceptus, alterutrius voluntate retractari non potest: legata autem conditionalia quiescunt in sola testatoris voluntate quæ ambulatoria est usque ad mortem, post quam licet spem habeat legatarius, tamen per conditionem adiectam legatum debilitatum est, ut non possit pendente adhuc conditione transire in heredem. Cui addi potest, quod in legatis sequimur verba & simplicem testatoris voluntatem: eoque pertinet quod scribit *Alciat in d.l.78.h.t.num.*30. quod filiusfam. sub conditione stipulans statim jus conditionale

acqui-

acquirat, quod in patrem transeat. Sed in postremis judiciis ad defuncti mentem solum respiciamus, qui dispositionem suam nonnisi post eventum conditionis locum habere voluit, ut merito in his hunc eventum tantum spectemus, sed in contractibus ipsam potius conventionem tanquam fortiorem & certiorem: & hac ratione, inquit Alciat. in contractibus conditiones retrotrahuntur, non in ultimis voluntatibus propter mentem testatoris. Igitur, ut colligamus, regula est, quod ex stipulatione conditionali patri acquiratur actio, etiamsi filio iam emancipato conditio extiterit. Limitationes sunt hæ. 1. nisi conditio sit potestativa. 2. nisi ex novo facto filii post emancipationem actio nascatur. 3. nisi conditio sit intrinseca, quæ videlicet ab ipso statu personæ sumta est, velut si filiusfam. stipulatus fuerit centum sub conditione sequutæ emancipationis, si modo id fecerit sine dolo *l. fin. inf. d. stipul. serv.* quæ latius explicant Dd. & præcipuè *Ias. & Zas. in l. si filiusfam. 78. h. t.* Cæterum Treut. non rectè videtur accepisse rationem Alciati, quam ipse ita proponit, quod contrahentes etiam hæredibus velint prospicere, qui autem legat, solum legatarium, non ejus posteritatem spectet. Etenim hæc ratio ad eum casum non pertinet, qui principaliter hic tractatur, de filiofam. sub conditione contrahente, quæ demum eo emancipato existat, sed ad illum potius licet connexum casum, quem paulo ante proposuimus. de creditore conditionali, quo defuncto nihilominus spes agendi transit in hæredem: ad quem casum non potest referri ratio gl. de facto & industria filii, sed rectè potest illa generalis, quod inspiciatur tempus contractus, & quod ad hoc conditio quandocunque existens retrahatur, una cum ratione rationis quæ modo ex Zas. relata est. Ratio autem Treut. quod testator tantum spectet personam legatarii, minus videtur solida, siquidem per necessariam consequentiam etiam spectari oportet personam heredis, in quem omnia transmittuntur: nisi fortè eò huius rationis autores respexerunt, quod legata & hereditates extraneis propter meritum aliquod relinqui solent *l. 9. D. pro socio.* obligationes autem mutuo consensu constituuntur & eas quisque præsumitur in heredes suos transire velle *l. 9. d. probat.* Sed, ut dixi, illa de retrotractione, certior ratio est: qua in re nimis subtilis aut superstitiosus potius est *Anton. Fab. 15. coniect. 7.* ubi conditionem, quæ nihil sit, retrotrahi posse ne-

gat. Etenim hoc dicimus & intelligimus, existente conditione perinde haberi, ac si stipulatio purè contracta, eiq; conditio adjecta non fuisset, ut loquitur JCtus *in l. potior.* 11 *§. 1. ff. q. i potior. in pign.* hæc enim est natura conditionis suspensivæ, ut existens retrò ponat, tanquam ab initio purè contractum fuisset: quam fictionem jus nostrum contractibus adhiberi voluit, sed ultimas voluntates simplicitati suæ reliquit, ut proinde non dies legati, sed existentis conditionis necessario inspiciatur. Quæ sane ratio differentiæ inter contractus & legata perspicua & solida est, concurrente ea, quam ex Zas. retulimus, quod constituta obligatione & adiecta conditione casuali vel mixta, non est in potestate debitoris impedire nativitatem & existentiam conditionis & obligationis: quæ ratio omninò efficit, inspiciendum esse tempus contractus: quod secus est in legatis, quæ libera voluntate testatoris adimi & transferri possunt. Et falso igitur persuasit sibi *Anton. Fabr.* 15. *conject.* 6. *&* 7. quasi ipse primus animadvertisset, in eo positum esse istius controversiæ cardinem, quamobrem non in legatis quoque inspiciatur tempus quo relictum fuit: nec minus falsò sibi eam rationem adscribit, ideò non posse hoc tempus spectari, quonim testator demum post mortem hoc præstari volucrit, & adeò nec dum ullum jus in legato, quod adimi potuit, legatario fuerit quæsitum. Atquin dixerit quis, inde effici, non esse spectandum tempus existentis conditionis, sed mortis, post quam amplius mutari voluntas non potest. Respõderi potest præter supra ex Zas. relata, rationem videri, vel quod adhuc legati vires certæ non sunt, si forte hæres repudiat hæreditatem: vel quod postquam placuit non spectari alterum extremum, tempus legati, visum fuisse, attendere non medium, sed alterum extremum, conditionis existentis. Et nimirum lex tempore mortis confirmat ultimas voluntates, hactenus ut valeant, quæ sine assistentia & autoritate legis non valerent, non autem eatenus, ut omnia ex tempore mortis æstimentur: & quidem confirmat lex ad eum omninò modum, quo testator aliquid præstari voluit, ideoque etiam legatum conditionale iuxta simplicem voluntatem testatoris, iuxta ea quæ iam sæpius ex Dd. relata sunt, ut hic quoq; falsus sit *Ant. Fab* 15. *conject.* 7. sibi hanc rationem adscribens.

Quemadmodum jus potestatis.] Ita ait Treut. sicut jus potesta-

tis facit, ut filiusfamil. patri rectè stipuletur, sic paterfamil. ob successionis jus obligationem hæredibus stipulando acquirit. Quæ comparatio valde claudicare videtur, maximè in eo, quod vivens nullum hæredem habere potest, filius autem dum stipulatur est in potestate patris: aliàs qualiter qualiter hæc comparatio tolerari potest, quod mortuo stipulante omnia in hęredem eius transeunt, qua de causa non semel in jure nostro pater ad filium relatus cum hærede comparatur. Est & illa perspicua differentia, quod quicquid stipulatur filius, rectà patri acquiritur, tanquam si ipse stipulatus esset, sed in hæredes obligatio prius defuncto quæsita & in eius persona radicata, descendit: idque procul dubio, si simpliciter quis stipulatus sit: nec minus tamen, ut existimo, si quis hæredibus suis fuit stipulatus: nam & hoc casu puto obligationem statum capere in persona defuncti, & inde in hæredes transire: ita enim rectius dicitur, quod obligatio defuncto acquisita in hæredes descendat, quam ut Treut. quod per stipulationem hæredibus obligatio acquiratur: quæ verba ita accipi possent, quod obligatio rectà & sine medio hęredibus acquiratur: quod juri nostro convenire non existimo. Ait autem Treut. non tantum uni soli ex hæredibus, sed & omnibus acquiri, ita scilicet, ut si uni stipulatus sit, ei in solidum acquiratur. Quæ verba ambigua & obscura esse videntur: quoniam si Treut. significat posse quem stipulari non uni tantum hæredi, sed & omnibus, subineptus sit, quia facilius est, acquirere omnibus quam uni. Quod si intelligit, stipulationem omnibus indistinctè acquiri, implicabunt ea verba quandam contradictionem, quod uni soli acquiri possit: quoniã ubi quis simpliciter hæredibus stipulatur, proculdubio omnibus obligatio acquiritur. Sed Treut. ita distinguere videtur, quod aut tantum stipulatur uni ex hæredibus, aut sibi & uni hæredi. Illo casu putat illi soli acquiri: hoc casu distinguit, quod aut obligatio est dandi, & acquiritur omnibus: aut faciendi, & acquiritur illi tantum cui defunctus stipulatus est. Sed contra existimo; sive uni hæredi soli non adiecta sua persona quis stipulatus sit, sive adiecta persona sua, distinguendum esse inter obligationes dandi & faciendi: ut illo casu obligatio omnibus acquiratur, licet in unius personam fuerit concepta, per textum generalem *in l. 37. § ult. h. t.* & per rationem, quod ex *l. 12. tabb.* cui pacto derogari non potest,

obligatio in hęredes dividitur. Neq; apparet ratio differentiæ inter duos hos casus, *Titio haredi meo dari* &, *mihi & Titio dari*: imò ratio contra Treut. est, quoniam, ut paulò ante dictum, obligatio ex ratione juris nostri non potest transire in heredes, nisi statū capiat in persona stipulantis: adeoque cum huius persona semper intelligatur, frivola est ratio differentiæ, ad quam forte respexit Treut. quod ubi quis sibi & uni heredi stipulatus est, propter personam ipsius adiectam obligatio transeat in cæteros cohęredes: tum ex ratione jam dicta, quia omnimodo oportet fundari obligationem in persona stipulantis, tum quia aliàs contra Treut. etiam obligationes faciendi adiecta stipulantis persona in coheredes ceteros transirent. Ideoque cum *dict. l.* 137. §. *ultim.* generaliter loquatur, dicendum potius, quod utcunque stipulatio de dando in unius hæredis personam collata fuerit, in omnes tamen transire obligationem: secus esse in obligatione faciendi, quippe ubi nihil fit contra L. 12. tabb. quæ ad obligationes individuas non pertinet, quæ in singulos hęredes in solidum descendunt, ut notatum supra *part.* 1. *disput.* 6. *th. f.* 6. *lit.* F. ubi etiam tractatum an per pactum uni ex hęredibus tantum exceptio quæri possit. Accursius tamen ex Johanne *in dict. l.* 137 aliam reddit rationem, quod, ut detur, omnium hęredum intersit, non æquè ut fiat: veluti si quis stipulatus sit ædes fieri in aliquo fundo, quem uni ex hęredibus prælegaverit: unde hanc rationem particularem esse colligitur. Nec illud Accurs. improbabile, quod ex stipulatione dandi omnibus hęredibus obligatio acquiratur, summo jure: sed ex æquitatis ratione, cæteris qui contra voluntatem defuncti petunt, obstare exceptionem; vel forte quod reliqui summo jure exegerunt, unum in quem stipulatio collata est, à reliquis cohæredibus, actione familiæ erciscundæ consequi posse. Addo quod regula juris veteris, obligationes & actiones ab hęredibus & contra hęredes incipere non possunt: à Justin. *in l. un. C ut act. ab hared.* tota & ubique sublata existimanda non sit.

LIT. E.

Adducuntur hic textus, quibus confirmatur regula, quod alteri stipulari non liceat: quæ etiam ex altera illa regula confirmatur, qua extra causam possessionis per liberam personam nihil acquiri nobis posse traditum est *l.* 126. §. 2. *vers per liberam h. t. l.* 35. §. *ult*

§. ult. d. acquir. possess. §. pen. Inst. per quas person. acquir. Illud facilè admitto, alienũ esse à ratione juris nostri, ut per notarium cuivis passim obligatio quæratur: sed quousque consuetudo hoc produxerit, mihi non constat: & cum regula sæpe dicta sit juris merè positivi, statuto vel consuetudine tale quid induci, nihil fuerit absurdi: cum præsertim jure quoque nostro regula ista multas habeat exceptiones: quarum prima est, quod utique aliquibus casibus jure nostro actio nobis quæritur per Notarium *l. 2. 3. 4. rem pupilli salvam fore. l. non aliter. 18. d. adopt.* neque aliud videtur sentire male pro diss. citatus Accurs. itemque malè citatus Duar. qui interdum hoc fieri docet: sed Gothofred. tantum *in l. 38. § alteri 17. hoc tit.* cuivis per Notarium obligationem acquiri tradit. Altera exceptio est, quod, ut paulò ante notatum, tribus casibus per procuratorem utilis actio domino quæritur: cui procuratori non absimilis est institor, ex cuius contractibus non ex edicto prætoris, sed ex interpretatione prudentum proponenti actio datur. *l. 1. in f. & l. 2. d. institor.* act. Eodemque referendus videtur casus *l. Iulianus 13 §. si procurator 25. d. act. emt.* ubi ex cautione procuratoris domino utilis actio datur. Tertia exceptio est (etenim regula generalis est, non tantum ad stipulationem, sed etiam alias conventiones pertinens) in actore municipum, curatore furiosi &c. quorum conventione aliis actio constituti acquiritur *l. 5. §. si actori d. constit. pecun.* Quarta exceptio generalior hæc dari potest, ut ubi per actum naturalem obligatio cõstituitur, alteri actio utilis quęratur. Hinc si quis meo nomine pecuniam numeret, mihi condictio quæritur *l. 9. §. pen. d. reb. cred l. 126. §. 2. vers. per liberam inf. h. t.* hinc cuius nomine pecuniam indebitam solvi, ei condictio indebiti datur *l. dominus 53. d. condict. indeb.* (ubi tamen Tribon. in extremo JCti opinionem emendasse videtur) *l. 6. Cod. eod.* Unde etiam pendere videtur decisio *l. 8. Cod. ad exhibendum iuncta l. 26. in princ. depositi,* ubi ex pacto deponentis vel commodantis alteri actio utilis datur: quo etiam referri possit casus *l. si cum 13 inf. d. pignor. act.* ubi ex pacto creditoris rem pignoratam vendentis & tradentis actio in factum debitori datur: licet ea verba à Tribon. esse non improbabiliter suspicetur *Anton. Fab. decad. 22 err. 9.* Possit & huc accommodari species *l. quoties. 3. Cod. d. donat. quæ sub modo,* juxta quam ex pacto traditioni ex causa donationis adiecto, alteri

utilis actio datur. Quinta exceptio desumi potest ex affectione & coniunctione personarum: & hac vel sola, vel concurrente favore causæ: prioris exemplum est, si pater stipuletur filio vel filiæ post mortem suam dari: quoniam hoc casu actio utilis filiæ datur etiamsi patri hæres non extiterit *l. quodcunq. 45. §. 2. h. t.* illud enim nimis durum, quod eum locum & alios id genus à Tribon. corruptos esse clamitat *Ant Fab. in l. 17. §. 4. & l. 21 §. 2 d. pact. lib. 2. rational.* & ut maximè à Tribon. ista essent, legis tamen autoritatem habent. Posterioris exemplum est in causa dotis, ubi ex parentum pactionibus liberis actio quæritur *l. pater. 7. C. d. pact. convent. l. si genero 26. Cod. d. iur. dot.* ibi. *extraneo tibi constituto*, (unde colligitur liberis rectè patrem stipulari) *l. Caius 45. inf solut. matrimon.* licet non sine causa eum locum à Tribon corruptum suspicetur *Anton. Fab. 13. coniect. 5.* Et tamen non videtur hic sufficere affectio *argum. l. 4. C. d. pact. convent.* (quam male pro se adducit Tr.) juxta quam ex pactione matris non datur actio filiis: quod non dicere possis mutatum esse per *l. 45. solut. matr.* ubi avus maternus utiliter stipulatur nepti: quoniam id fit favore dotis, qui nullus est *in d. l. 4.* ubi mater filiis dotem restitui stipulata est; quod etiam in aliis textibus qui in hanc rem citantur, observare licet. Ex his omnibus videtur falsum esse, quod Tr. præcisè ait, ex nulla alia nisi dotis causa parentes paciscendo liberis actionem acquirere posse: adeoq; frustra est Tr. dum ex falsa hypothesi infert ad decisionem quæstionis feudalis, an quis alteri feudum stipulari possit; quod tamen aliàs rectè negari videtur, cum hic casus nulli ex premissis exceptionibus conveniat: & rectissimè notat *Accurs in §. si quis alii. 3. Inst. d. inut. stip.* in exceptionibus jure expresso traditis præcisè subsistendum esse. Videtur autem Tr. iniuriam hic facere Hottom. quasi hic 4. *obser.* 8. cuilibet per alium actionem utilem acquiri posse existimaret: quoniam hoc tradit Hotto. quibus casibus ex alterius conventione alteri quæritur actio, non directam sed utilem acquiri, quod verissimum est: quamvis paulo latius progrediatur Hottom. & profiteatur se probare sententiam Martini, qui teste *Accurs in d. §. 3.* hanc regulam constituit, quod ex conventione alterius alteri actio utilis acquiratur.

Quid de stipulatione.] Hæc quæstio de stipulatione impersonali cum præmissa non cohæret, quippe quod ita non possit quis videri alteri esse stipulatus: etenim incertitudo non oritur hic ex intero-

terrogatione *arg l.1.§.2 h t.* sed ex responsione V. C. *dabuntur*, quoniam non videtur de se ipso respondisse interrogatus: & adeò vitiosa est dubitandi ratio, qua utitur Tr. quod stipulatio tanquam alteri facta inutilis videatur: quin imò hæc dubitandi ratio est, quod quis non videatur proprium factum promisisse. Et ita communiter *D. in auth si quando C.d.const pec.* ad eam quæstionem hoc referunt, an factum alienum promitti possit. Salic. autē ibid. in hunc modum distinguit: (quam etiam communem Dd. distinctionem esse notat *Ias. in l.ult.§. Labeo d. reb. cred. col. 2.*) quod impersonalitas vel sit ex parte creditoris stipulantis, & utilem esse stipulationem per *l. stipulatio ista 38.§. sicut 5. in f. & § pen. h.t.* vel ex parte debitoris promittentis: & hic subdistinguit, quod impersonalitas vel est in verbis obligativis & executivis simul, veluti tibi promittuntur decem, aut promittuntur decem dari, quo casu vitiari ait stipulationem, idemque si impersonalitas sit in verbis mixtam naturam habentibus, veluti, satisfiet tibi: vel impersonalitas sit in verbis executivis tantum non obligativis, veluti promitto decem dari, & utilis est stipulatio, *argum l. illa. 97. h.t.* vel denique sit in verbis obligativis tantum non executivis, veluti promittitur quod tibi dabo decem, quæ itidem ex sententia Salicet. utilis est stipulatio. Et hæc quidem posteriora rectè se habent, sed prius membrum dubium est, quo putat inutilem esse stipulationē, si impersonalitas deprehendatur in verbis obligativis & executivis simul, veluti, quo exēplo etiam utitur, si quis responderit, *dabuntur tibi decem*. Etenim nihil videtur obesse, quo minus hæc stipulatio sustineri debeat, ut verba interpretemur pro actu conservando & contra promissorē, qui potius de propria sua persona respōdisse intelligatur, juxta interrogationem præced. per quā subsequens responsio declaretur & terminetur: quomodo in simili *in l.1.§.2. h t.* valet hęc stipulatio, *dabis, quidni* Et hoc probat Tr. cum *Alc.* qui 2. *parerg.* 18. ad hoc adducit Plaut. in Pseudol. qui locus extat *act.4 scen. viso quid verū &c.* ubi Leno Ballio promittit Simoni 20. minas sub hoc verbo *dabuntur*. (Quamvis non multū huiusmodi probationibus tribuendum mihi videtur ꝙ prę sertim comicos aliquādo metro inservire oporteat) nec quisquam puto aliter sentiret, nisi scrupulum iniiceret *d. auth si quando Cod. d. constit. pec.* desumta ex *Nov. 115. c. 6.* ubi Iustin. ex his verbis, *fiet tibi satis*, negat teneri promissorem, adiecta hac

ipsa

ipsa ratione, quod sit promissio impersonalis, quam confirmat ex oppositione promissionis personalis, *satisfacio tibi*, quæ obligationem parit. Quæ sanè ratio Justin. pro Dd. adversus Treut. Alciat. & *Cuiac. in l. 5. inf. h. t.* non parum stringere videtur, & infirmare rationem differentiæ ab Alciat. traditam, quod stipulatio constituatur præcedente interrogatione, constitutum autem sit pactum nudum: quoniam ut dixi rationem decidendi ab impersonalitate desumit Justin. nisi quis pro Alciat. responderi posse existimet, tum demum rationem Justin. habere locum: ubi est impersonalitas absoluta, & quæ per interrogationem præcedentem non dirigatur & declaretur, siquidem responsio interrogationi applicanda, & juxta hanc explicanda est. Sed magis obstare videtur Alciat. quod Cuiac. movet *ex l. 7. §. 12. d. pact.* & res ipsa loquitur, etiam pacta per interrogationem præcedentem constitui posse. Nisi & hic pro Alciato respondeas, vel quod Justin. constitutio ad eum casum restringenda sit, quo nulla præcessit interrogatio: vel potius quod hoc sit accidentale, ut pacta præcedat interrogatio, & quod proinde non videatur posse constringi & determinari responsio per illud quod non est de essentia: cum præsertim nulla responsionis & interrogationis in pactis requiratur congruitas, sed qualiscunque & quibuscunque verbis concepta subsistat. Verum si Treut. sententia probanda est, non dubitem potiorem esse rationem Alciati quam Cujacii, qui reipsa distinguit inter verba præsentis & futuri temporis, & valere dicit stipulationem, si alter responderit, *promittuntur*: non verò valere, si dixerit, *promittentur*, vel, *satisfiet*. Enimvero verbo, *dabuntur*, quod futuri temporis est, conceptam responsionem, utilem esse, cum Alciato Cujac. admittit: qui non videtur diversitatem eorum verborum animadvertisse: quoniam, *do, satisfacio*, habent significationem executivam, sed *promitto*, obligativam. Ideoque hoc verbo in futuro tempore prolato, non potest utiliter confici, utcunque personale sit, veluti si quis dicat, *promittam tibi centum*. Ex adverso his verbis præsentis temporis non solet contrahi obligatio, *do, satisfacio*, sed his *dabo, satisfaciam*: hæc enim non differunt obligationem, sed executionem, neque dubitari potest, quin hoc modo rectè stipulatio contrahatur: adeoque si valet stipulatio, altero respondente, *dabuntur*, quod admittit Cujac. nihil est cur non debeat valere stipula-

pulatio, si alter responderit, *satisfiet*. Video equidem diversum statui jus in *authent. si quando Cod. d. constit. pecun. & in N. 115. cap. 6.* in his duobus verbis, *satisfacio* & *satisfiet*: sed non satis rationi convenire istud mihi videtur: siquidem, ut dictum, hæc verba, *do*, *satisfacio*, obligationis executionem & consummationem, eoque ipsam traditionem, concernunt. Sed ita tamen placuit Justin. cuius adeo sententia extra terminos constituti minimè est trahenda. Notandum autem, quod sententia ab Alciato prodita, eiusdemque responsio, *ad authent. si quando Cod. d. constit. pecun.* originaliter olim fuerit cuiusdam Christophori de Castelliono, quam sibi post adscripsit Raphael. Cum: ut testatur *Iason in l. ult. d. reb. cred. §. Labeo colum. 2. in fin.* ubi ipse quoq; istam sententiam putat esse veriorem.

L I T. F.

Nisi sua intersit.] Prima hæc ad regulam præmissam, quod alter alteri stipulari non possit, exceptio à Treut. traditur, *nisi ipsius intersit*. Sed propriè loquendo hæc exceptio non est, quia in his terminis ipsius stipulantis persona implicita esse videtur, propter quod non tertius ille actionem habet, sed ipse stipulans, qui per consequentiam sibi stipulatus intelligitur, quod eo nomine aliàs alteri tenebatur: quod ostendunt exempla proposita à Justin. *in §. sed et si 19. Institut. d. inutil. stipulat.* 1. si contutor qui pupillo tenetur, à contutore cui administrationem cessit, stipuletur, rem pupilli salvam fore. 2. si quis procuratori suo cui actione mandati tenetur, stipuletur. 3. si quis creditori suo, cui sub pœna debebat pecuniam, vel cui prædia, quæ propter moram distrahi poterant obligaverat, ut pœnam vel distractionem prædiorum evitaret, dari fuerit stipulatus *d. §. 19 l 38. §. 20. & 23. h. t.*

L I T. G. & H.

Vel pœnæ stipulationem subiecerit.] Hanc alteram exceptionem tradit Treut. ad regulam præmissam: sed nec ista propriè loquendo exceptio est, quoniam hic nec mihi nec alteri actio datur, ad id quod in principali obligatione est, sed actio mihi soli datur ad pœnam, quam subieci, quæ stipulatio pœnalis per indirectum efficit, ut metu pœnæ promissor conventa præstet. Illud autem huc non pertinet quod Treut. subiicit, pœnam posse excedere duplum eius, quod in stipulatione, sive in meam sive in alterius pe-

ſonam collata, comprehenſum eſt: ubi illud quæri intelligitur, an huc pertineat prior pars *l. an. C. d. ſentent. pro eo quod inter:* quæ prohibet intereſſe excedere duplum, quoniam pœna in locum eius quod intereſt ſubrogatur §. *ult. Inſt. h. t.* de quo actum ſupra *diſp. 23. th. 4. lit. b. H.*

Tanta ſt huius ſtipulationis vis.] Ait Tr. tantam eſſe vim hujus ſtipulationis, ut à pœna ipſo tantum effectu, non etiam ſumma diligentia promiſſor liberetur. Ubi non obſcurè videtur lapſus Tr. quia hoc non pertinet ad caſum quo quis alteri ſtipulatus eſt, ſed ubi quis alium daturum facturumve promiſit. Nimirum hæc quoq; ſtipulatio inutilis eſt, ita ut nec ille quē facturū promiſimus, obligetur: propria & ſpeciali ratione, quoniam alterius conditionem deteriorem facere non poſſumus: nec ille qui promiſit alterū facturū, quoniam ipſius perſona ſtipulationi inſerta non eſt: & ſicut alteri datum iri fruſtra ſtipulamur: ita alterum daturum eſſe fruſtra promittimus: ſed curaturos nos eſſe, ut alter det vel faciat, quod factum noſtrum eſt, rectè promittimus §. *ſi quis 3. in f. Inſtit. d. inutil. ſtipulat* Et hoc, videlicet nos curaturos vel exprimitur verbis, vel ex qualitate factorum & conditione promittentis tacitè ſubintelligitur: quomodo ſi quis aliquem ſiſti promittat rectè obligatur *l. quoties* 81. *h. t* idemq; ſi procurator ratam rem dominum habiturum ſpondeat *l.* 18. *rem ratam haberi.* Sicut autem qui alteri ſtipulatus eſt, poteſt promiſſorem obſtringere ſtipulatione pœnali, niſi alteri det; ita qui alium daturum promittit, poteſt conſtringi pœnali ſtipulatione, quæ altero non dante committatur *argumen. dict. l.* 81. Et in his nimirum terminis quæritur, ſi ut alter daret aut faceret, omnem operam adhibuerit promiſſor, &, ut loquitur *Mar. ant. conſil.* 41. ſi fecerit omne ſuum poſſe, an pœnam præſtare teneatur, aut ſaltem ſi ipſo jure teneatur, annon per exceptionem defendi poſſit: quo pertinet quod Treut. ait, tantam eſſe vim huius ſtipulationis &c. adeoq; ſtatuit, utcunque promiſſor omnem diligentiam, ut alter daret vel faceret, adhibuerit, effectu tamen committi pœnā, nec aliter eum liberari, quam ſi alter dederit aut fecerit, quod convētum fuit. Pro qua ſententia hæc afferri poſſunt. 1. quod traditur *in l. qui autem* 14. §. 2. *d. conſtit. pec.* ſi quis Titium fidejuſſurum conſtituerit, eum, ſi Titius nolit, aut ad intereſſe, aut alium æquè idoneum fidejuſſorem dandum

obli-

obligari. 2. quod aliâs nulla futura sit differentia inter promissionem facti alieni cum pœna, & promissionem simplicem, se curaturum ut fiat: nam & hic proculdubio tenetur, ut quantam potest, adhibeat diligentiam. Et hinc 3. facit natura & qualitas pœnalis stipulationis simpliciter concepta in casum alterius non dantis vel facientis. 4. quod sibi imputare debeat, qui ut loquitur *Marant. d. consil.* 41. posuit se in difficultate, quæ non postea supervenit, sed ipsius obligationis tempore adfuit, cum utique sciret promissor, id in sua potestate non esse. 5. *Cuiac. in l* 38. *in princip. hoc titul.* adducit §. *Instit. d. inutil. stipul.* ubi simpliciter dicitur obligari, qui promisit se curaturum ut alter daret. 6. idem Cuiac adducit *l. ultim.* §. *ultim. d. reb. cred.* ubi dicitur promissorem cogi suscipere judicium: ex quibus duobus locis effici putat Cuiac. etiam si quis citra pœnalem stipulationem curaturum se ut alter daret vel faceret, promiserit, præcisè teneri ad interesse, si alter non fecerit. Et ad has tamen rationes non improbabiliter fortassis responderi possit: & ad 1. quod ea promissio habeat implicatum factum proprium, se daturum fideiussorem, & præsertim pro obligatione propria ex qua ipse tenebatur. Ad 2. quod non sit necessum dari inter hæc duo diversitatem, quia hæc sit natura istius promissionis, ut cum in ipsius potestate non esset precisè efficere factum alterius, non nisi operã & industriam suam promisisse intelligi debeat, quod fortassis justam causam haberet existimandi, se ab altero hoc impetraturum esse: quo modo removetur, imò ferè retorquetur obiectio quarta. Ad 3. respondetur, quod pœna succedat in locum eius quod interest *arg* §. *ult. Inst. h. t.* quæ duo etiam in his terminis inter se comparantur *in l* 38. §. 1. *h. t.* quod si adeò adhibendo diligentiam id quod interest ne præstare teneat, evitare possum, quidni etiam pœnã? Ad 5. quod Justin. hoc solum dicat, obligari promissorem, oppositivè ad casum præcedentem, quo qui simpliciter factum alienum promisit, nõ obligatur. Sed & in genere cum Maranta ad eiusmodi loca dici potest, in iis negligentiam & culpã aliquam promissoris esse præsupponendam. Et sanè videri possit subabsurdum, statuere cum Cuiac. eum qui tantum curaturum se promisit, præcisè ut fiat, aut ad interesse teneri. Etenim licet tacitè hic promissum videatur interesse, attamen rationis est ut liberetur, vel exceptione defendatur,

si diligentiam suam sufficienter probare queat. Maior autem dubitandi ratio est, si stipulatio pœnalis fuerit subiecta: quod contrahentes hoc solum spectasse hic videantur, ut fieret quod conventum est. Videri etiam possit distinguendum, an factum promissum sit merè personale, & ita comparatum, ut ab alio & per alium præstari non possit, ut hoc casu ultra curam & diligentiam non teneatur promissor: an verò per æquipollens & ab ipso qui promisit impleri queat: ut hoc casu promissor nisi alter fecerit, ipse teneatur: cuiusmodi casus est in *l. ult. §. ult. d reb. cred.* ubi quis promisit se curaturum ut alter decem daret. Cæterum opinio hæc, ut liberetur qui curam & diligentiam convenientem adhibuit, communis esse videtur, ut notant *Marant. d. consil. 41. Covarr. in cap. quamvis d. pact. in 6 p. 2. §. 5. num. 3. & 4. Wesemb. in d. § si quis alium Instit. d. inutil. stipul.* ubi tamen loquitur de casu, quo quis curaturum se promisit: quod si enim quis simpliciter factum alienum, & si non fiat, pœnam promittat, vix est ut ista opinio defendi possit.

Non tamen] Subiicit ita Treut. non tamen per hanc pœnalem stipulationem prior obligatio novatur. Quod parum subtiliter cum præcedd. coniungitur, quibus de stipulatione qua quis alteri datum iri, vel alterum daturum esse, stipulatus est, tractat: quoniam cum eiusmodi stipulationes inutiles sint, & non nisi ex pœnali stipulatione actio nascatur, frustra de novatione disputatur: sed in obligatione propria quæritur, an eam subiecta ei pœnalis stipulatio novet. Quod utique omninò negandum est jure novo, *in l. ult. Cod. d. novat.* juxta quam nisi expresse hoc actum sit, novatio non contingit. Jure autem veteri ex circumstantiis & coniecturis, citra expressam conventionem novatio introducebatur, atque adeò etiam tacitè. Sed nec hoc modo ex ratione juris veteris per stipulationem pœnalem novationem factam fuisse, inde confirmatur, quod pœna adiici solet non in favorem debitoris sed creditoris, ut metu pœnæ debitor præstet quod promisit, nec onere probandi eius quod interest creditor gravetur, ut proinde facultas agendi ex priore obligatione non videatur adimenda stipulatori. Accedit, quod contrahentes videntur respexisse ad tempus moræ, post quam demum stipulatio de dando vel faciendo committi intelligitur: quam adeò limitationem, *nisi post moram*, rectè adiecit Treut. licet hac in re aliud videatur statuendum

dum in obligationibus dandi & faciendi: quoniam in his ita jus est, ut etiam citra stipulationem pœnalem antea agi non possit, quam si tantum tempus transierit, ut computatione facta ab interposita stipulatione opus fieri non posse appareat: quo elapso tempore non ad factum, sed ad interesse agendum est, juxta notata *th. praeced. in f.* qui casus tractatur *in l. 44. §. ultim. d. O. & A.* ubi ait JCtus si non fiat quod convenit, quasi existente conditione pœnalis stipulationis, quandam induci novationem, videlicet potestate conventionis, ad pœnam: nam licet stipulatio illa subiecta non fuerit, quædam quasi novatio propter moram inducitur ex lege, ad interesse: eoque in utroque casu, cum omninò vera novatio non sit, crediderim liberari debitorem, si ante litem contestatam factum præstet: quoniam sola mora non videtur operari posse veram novationem. In obligationibus autem dandi, si quidem puræ sint, cum ex iis statim agi possit, magis existimaverim, etiam post moram ad dandum agi posse. Sed de hac quæstione multiplici, quæ varia membra & capita habet, & an utrumque, res & pœna præstari debeat, fortassis agemus pluribus aliàs: de qua interim videantur, *Hottom. illustr. quæst.* 10. ubi tamen parum accuratè hanc rem tractare videtur, *Dd. in l. ita stipulatas* 115. *h. tit.* & præsertim *Bart. ibid. num.* 26. *& seqq.* & notata supra *part.* 1. *disp.* 7. *th. ult. lit.* F.

Quæ lit. I. attinguntur de obligatione pupilli & minoris, tractata sunt eo loco, quo se remittit *Tr. part.* 1. *disp.* 6. *& ibid.* an obligatio pupilli locupletioris facti sit civilis.

THESIS III.

Lit. A.

Ait Treut. rectè nos stipulari res omnes quę dari fierive possunt. Haud scio an satis bene: quoniam res & facta passim opponuntur, neque solemus dicere quod res fiant. Indè autem infert Treut. eximi res, quæ non sunt in commercio, quæ videlicet dari non possunt: quæ recta est illatio: sed minus recta videtur in altero membro rerum, quæ non sunt in commercio stipulatoris tantum, quoniam hæ dari possunt: nisi forte intellexit Tr. dari non posse respectivè, ei scilicet cui promissæ sunt. Tertium membrum est

rerum quæ non sunt in commercio promissoris, quo casu utilem esse ait stipulationem', ut interesse præstetur. Sed 1. existimaverim etiam rem ipsam præstari posse & debere: quoniam vel per alium hoc expediri poterit, vel potius per ipsum etiam promissorem, qui propter nudum hoc præstandi factum non dicetur rem habere in commercio: veluti non dubitem, à Judæo promissum mancipium Christianum solvendum esse. Deinde ex oppositione duorum posteriorum membrorum apparet, quod plane existimet nullam esse stipulationem, si res non sit in commercio stipulatoris. Accurs. autem distinguit, ut nulla sit stipulatio si non habeat commercium propter delictum, veluti hæresin: secus si sit incapax propter aliquod aliud vitium personæ, ut hic æstimatio debeatur. Sed fortassis rectior est altera eius, licet à Tr. improbata distinctio, inter stipulationes & legata: illas enim, cum sint ex conventione partium, strictius accipimus: hæc ex mente testatoris latius interpretamur: sub ulteriori tamen limitatione, si testator sciverit legatarium esse incapacem, quam distinctionem Accurs. itidem *in l. multum 34. h. t.* proponit: de quo actum supra *disp. 1. d. legat. th. 4. lit. M.* ubi etiam notavimus ex ratione juris antiqui hac in re inter legata & fideicommissa distinguendum videri: & proinde errat Tr. qui nullam hic inter contractus & ultimas voluntates differentiam admittit.

LIT. B.

Electio est penes promissorem.] Vulgatum hoc est, nec incerti juris, quod in obligatione alternativa electio sit debitoris, id est, ad hanc materiam, promissoris. Unde Treut. in exegesi manasse ait theoricam Dd. quod in alternativis electio sit debitoris. Atqui idem ex eodem ineptè dicitur deduci: idem autem est, in disiunctivis electionem esse penes promissorem: &, in alternativis electionem esse debitoris: illud in thesi, hoc in exegesi à Treut. proponitur. Limitationem subiicit Treut. memoria, ut ipse ait, dignam, si ex alternativis alterum sit in solutione, alterum in obligatione, ut videlicet hoc casu debitoris electio non sit: ex Everhard. in topic. in loco à natura alternativæ *numero septimo*: ubi tamen ita loquitur, fallere regulam, ubi unum est in obligatione, alterum apponitur ad favorem creditoris. Quæ exceptio tum ratione dubitandi caret, cum ipse Treut. lit. C. certam & mini-

mè dubiam limitationem addat, *nisi stipulatori electio constituta sit*: tum si quis rectè attendat, limitatio non est, quia non est de regula, quæ loquitur in terminis, quibus ad minimum duo sunt in obligatione, cum nec electioni locus esse possit, ubi unum tantum est in obligatione. Et ita in specie *l.* 44. *§.penult. d. O. & A.* in hac stipulatione, *si fundum non dederis, centum dabis*, respondetur, centum tantum in obligatione, sed fundum in solutione esse: quo casu ultro apparet frustra disputari de electione debitoris, nisi quod hic solvendo fundum efficere potest, ne ad pœnam teneatur. Et omninò regula ista ad eum casum pertinet, quo creditor necesse habet utrumque petere sub alternatione, quod si non faciat, sed alterutrum tantum petat, incidit in pœnam plus petitionis, ut docet *Iustin. in §. plus autem. vers. huic autem. Institut. d. action.* Elegans autem exceptio videtur esse in legatis, postquam Justin. exæquavit formulas legatorum, & tamen generaliter constituit, ut electio sit legatarii, *§. si generaliter* 22. *Institut. d. legat.* forte quia alternatio non est ex conventione, sed ex testatoris dispositione: quamvis Dd. nihilominus electionem putent esse hæredis, si ad eum directa fuerint, ut loquuntur, verba executiva, ut notatum supra *disp.* 13. *thes.* 5. *lit. A.*

Lit. C.

Nisi sibi stipulator.] Hæc exceptio liquida est, quod electio sit creditoris, si huic specialiter constituta sit, quoniam contractus ex conventionibus legem accipiunt. Sed illud non æquè certum, quo obiter se addere subiicit Treut. in stipulatoris persona electionem omnimodò esse personalem: quoniam contrarium ostendi videtur ex *l.* 57. *§. pen. d. legat.* 1. ex qua opinionem Duar. & Cujac. contra Tr. defendimus supra *dict. disp.* 13. *th.* 5. *lit. A. inf.*

Lit. D.

Dixit regulariter electionem esse debitoris, stipulatoris autem ex speciali conventione: hic utrique sed diversimodè electionem istam auferri docet. Et istud extra dubium est, quod postquam stipulator, quo casu ipsi electio datur, super alterutro litem est contestatus, amplius variationi locum relictum non esse. Quod attinet ad promissorem, non minus hoc certum, quod

per

per litis conteſtationem ei electio auferri non poſſit: quoniam ut paulò ante dictum, creditor utrumque ſub alternatione in judicium tenetur deducere, nemo autem dubitat, quin quod à reo petitum eſt, poſt litem conteſtatam rectè ſolvatur. An per ſententiam debitori electio auferatur, quod negat Treut. ex eo decidendum videtur, an judex juxta formam petitionis alternativè condemnare teneatur, an verò ad alterutrum tantum reus condemnetur. Hoc poſito, non poterit amplius ſupereſſe electio, cum aliud præſtare non liceat, niſi quod ſententia fuit comprehenſum: illo autem poſito, procul dubio vera erit ſententia Treut. Planè ſi ad alterutrum judex condemnet, non exiſtimaverim ſententiam fore nullam: cæterum ex ratione juris alternativa potius ſententia ferenda videtur, argum. eius quod de noxali actione traditur in *§. 1. Inſtitut. d. offic. jud. & in l. 6. § 1. de re judic.* ex qua amplius colligi videtur, quod in noſtris terminis etiam actio rei judicatæ alternativè ſit inſtituenda: quoniam *in dict. §. 1.* cur judicati in ſpecie et in decem tantum agendum ſit, hæc ratio redditur; quoniam facultas noxæ dedendi ſit ex lege: & igitur aliud obtinebit, ſi facultas alterutrum ſolvendi ſit ex conventione: & ita, quod alternativè ferenda ſententia tradit *Ioh. Fab. in §. curare 32. n. 10. verſ. ſecundum, Inſt. d. act.*

Vtrique auf. rtur electio.] Ait utrique auferri electionem in hac ſpecie: promiſſus eſt Stichus aut Pamphilus, & antequam ex obligatione ageretur eique ſatisfieret, Stichus factus eſt ſtipulatoris. Conſtat utiq; ſi electio conſtituta fuerit ſtipulatori, eum non amplius petere poſſe hominem, qui ipſius factus eſt: ſicut nec in altero caſu ſolvi poteſt homo à debitore, qui iam eſt creditoris. Sed occurrit quæſtio de æſtimatione Stichi, an illo caſu ſtipulator eam petere, & hoc promiſſor jure eam ſolvere poſſit. Treut. tantum reſpondet de membro poſteriori, (nam ut eius rei quæ iam mea eſt, æſtimationem petam, minus admittendum videtur) non liberari debitorem, offerendo æſtimationem Stichi, ſed præcisè teneri præſtare Pamphilum *ex l. 16. h. tit.* ubi in iſta ſpecie reſpondetur reliquum deberi, id eſt, Pamphilum. Et pro fundamento huius ſententiæ *Anton. Fab. 2. coniect. 15.* quem Treut. ſequitur (in quo tamen etiam conſentit Cuiac. *in dict. l. 16.*) ponit quod & ſtipulatio ex cauſa lucrativa interpoſita, & Stichus quoque ex cauſa lu-

erativa stipulatoris effectus fuerit. Verum nec istud proponitur *in d.l. 16.h t.* neq; cur id ponamus, urgens satis causa esse videtur: & rectius fortassis Accurs.ibid. in ea specie nihil interesse putat, an ex causa lucrativa an onerosa homo stipulatoris sit effectus. In utroque enim casu hic quidem & hactenus eadem militat ratio, ut non amplius in obligatione possit esse servus, qui quacunque ex causa in dominium stipulatoris pervenit. Etenim quod ad æstimationem attinet eam in solutione esse, eiusque præstatione liberari debitorem Cuiac. admittit. Et tamen utcunque ponas ex causa lucrativa promissum & acquisitum Stichum fuisse, vitiosa tamen illatio est, ex qua Anton. Fabr.præcisè alterum hominem præstandum esse contendit: vel quia aliud est æstimationem esse in obligatione, aliud tantum in solutione: vel quia regula juris, quod duæ lucrativæ causæ in personam & rem eandem concurrere non possint, magis respicit incommodum creditoris, ne bis idem consequatur, & favorem debitoris, ut liberetur: atquin si negemus facultatem debitori solvendi æstimationem, in ipsius incommodum hoc vertetur: V.C.si ex duobus servis diversi pretii, vilior factus sit stipulatoris, inferetur iniqua conditio debitori, qui cogetur solvere hominem pretiosiorem, cum manente obligatione in eodem statu præstatione vilioris liberatus fuisset. Neque videtur obstare adductus à Cuiac. textus *ex l. si quis Stichum* 18 *d. O. & A.* ubi dicitur, per petitionem ex una causa non consumi petitionem ex altera: cujus contrarium cum responsum videatur *in l 16. h. t.* consequenter eum textum de duplici causa lucrativa, sed *d. l.* 18 de altera causa onerosa accipiendum esse. Etenim responderi non improbabiliter potest, aliud esse in obligatione duplici, cuiusmodi est *in d. l* 18. ex testamento & stipulatione: aliud in obligatione simplici & una, ut in *d l* 16. *h t.* ex qua electio tantum est debitoris: qua sublata propter alterius rei dominium quæsitum creditori, non potest nisi in residuo obligatio subsistere: salva tamen facultate offerendi æstimationem, quæ sublata licet obligatione Stichi, maneat tamen in solutione, ne aliàs iniqua conditio inferatur debitori, ut rectè *in d. l.* 16 *h. t.* Accurs. annotavit, quem hac in re sequutus est Cuiac. *argum. l.* 47. §. 3. *d. legat.* 1. Licet enim, ut respondet Anton. Fabr. aliud sit, si V. C. Stichus in fuga vel apud hostes, aliud si creditoris effectus sit,

tamen ratio ibi proposita hic quoque militat, quod nulla culpa vel mora intercesserit debitoris. Accedit & hoc, quod si in nostro casu non esset facultas debitori offerendi æstimationem, posset stipulator in fraudem ejus efficere, ut acquisito homine viliori, necessitas præstandi pretiosioris debitori cum injuria imponeretur.

Quid si Stichus.] Hæc quæstio an in obligatione generali possit solvi species, quæ tempore stipulationis fuit in dominio creditoris, nihil huc pertinet, & eam hac occasione subiecisse videtur Tr. quod ab Ant. Fabr. *eod. cap.* 5 *lib. 2. conject.* tractatur: & remittimus hoc ad *disp. 29. th. 3. lit. E. in pr.* ubi eam repetit Tr.

THESIS IV.

LIT. A.

Nobilissima hic proponitur divisio stipulationum in dividuas & individuas, quam ab obiecto desumtam esse rectè docet Treut. videlicet à rebus in stipulationem deductis, quæ vel sunt dividuæ & individuæ, & pro parte præstari possunt vel non possunt. Dividuas appellat Treut. quæ natura & jure recipiunt partium præstationem: & exempli loco refert hæreditatem & usumfructum. Quod non puto rectè fieri: quoniam cum hic agatur de rebus ex obligatione aliqua præstandis, utique hoc modo quatenus hæreditas ut futura, & post mortem alicujus deferenda, consideratur, ea jure nostro nullo modo esse potest objectum stipulationis: cæterum jam delata & acquisita, sicut vendi, ita etiam dubio procul in alias obligationes deduci poterit. Sed isto sensu, cum nihil aliud sit, nisi ex variis rebus & partibus collecta & constituta universitas, etiam pro partibus divisis rectè præstabitur. Nec quicquam huc pertinet citata à Treut. *l. 9. §. 12. d. hæred. instit.* quo loco tractatur de pluribus hæredibus à testatore institutis, & scilicet non ibi jus dividitur, sed potestate legis sequentis voluntatem testatoris in singulorum persona jus separatum constituitur: idque est quod ibi dicitur jus inter eos dividi à testatore: ut intelligamus, eos non æqualiter fieri hæredes. Quod ad usumfructum attinet, non est satis expeditum, quo sensu ille dicatur dividuus, & sub ea qualitate tum servitutib. realibus tum usui oppo-

tur, de quo actum supr. *part.1. disp.16. th.3. lit.* K. ex quo loco apparet, alio respectu, quam de quo hic tractatur, usumfructum dici dividuum: præterquam quod *in l.5. de usufructu* dicitur, usumfructum pro parte divisa etiam constitui: intuitu videl. subiecti quod dividuum est, nec tantum pro indiviso, sed etiam pro diviso partes admittit: ut proinde nec in hæreditate nec in usufructu verum videatur quod Tr. ait, in his tantum intelligi partes pro indiviso: quin existimari possit, quæ tantum pro indiviso partium præstationem recipiunt, potius sub alterum membrum stipulationum individuarum esse referenda, quippe quod de iis vix posse dici videatur, ea natura & jure partium recipere præstationem: idq; apparet ex iis quæ mox tradit Tr. lit. C. de homine promisso in genere vel duobus hominibus promissis sub alternatione, quas stipulationes refert sub individuas.

Omnes dandi stipulationes.] Omnes dandi stipulationes dividuas esse affirmat Tr. Quod non animadverto quomodo convenire possit cum iis quæ traduntur lit. C. de stipulatione servi in genere, quam individuam appellat, quippe cum utique ista sit stipulatio dandi: quin imò *Cuiac. in l.2. h.t. § item si.* 5. stipulationes servitutum, dandi stipulationibus annumerat: ut proinde necessum sit verba, *dividui & individui*, ambiguè & confusè usurpata esse à Tr. quoniam quatenus stipulationes dandi opponuntur obligationibus faciendi, rectè appellantur illæ dividuæ: sed Tr. d. lit. C. obligationes aliquas dandi sub individuas refert, quæ cum respectivè dividuæ videantnr, rectius mixtam speciem constituent.

Item facta in rem præsentem collata.] Hoc quoque ambiguè & obscurè proponitur: siquidem facta naturâ suâ & in se considerata sunt indivisibilia: sed dicuntur dividua, quæ procul dubio Tr. sententia est, applicatione ad rem quæ dividua est, & pro partibus præstari potest & fieri. Ideoque peccare videtur Tr. dum simpliciter dividuam hanc ait esse stipulationem; *amplius non agi*: quoniam super indivisibili etiam hujusmodi stipulatio interponi potest, quo casu individua potius erit stipulatio. Porrò duo illa facta, tanquam distincta membra à Tr. proposita, *dolum admittere & dolum malum abesse*, cum utique nemo se dolum admissurum esse promittat, non nisi unum factum esse videntur. Illud autem controversum, an stipulatio hæc, dolum malum abesse, sit dividua.

Et ſunt quædam ſtipulationes prorſus individuæ, ut nec in perſona promiſſoris recipiant diviſionem, nec in perſona hæredum, ſed ſi ab uno V. C. quid contra fiat, ſtipulatio in ſolidum committatur, ita ut uno contrafaciente, perinde habeatur, ac ſi omnes contrafeciſſent: Veluti in ſtipulatione per te hæredesque tuos non fieri, quo minus mihi agere liceat *l. 2. §. 5. l. 3. & 4. §. 1. h. t.* Quædam autem quam in perſona promiſſoris non admittebant, in hæredum perſona, diviſionem recipiunt, veluti rem ratam haberi, quod pro parte non poteſt defunctus, ſed poſſunt hæredes, *l. 4. §. 1. verſ. ſed videamus h. t.* Et igitur, ut ad quæſtionem noſtram revertamur, factum hoc, *dolum male eſſe*, in perſona utique promiſſoris individuum quid eſſe videtur: quin idem in perſonis hæredum, vt videlicet uno dolum committente, contra omnes hæredes ſtipulatio commiſſa cenſeatur, communiter tradunt *Dd. in d. l. 4. h. t.* & poſt eos *Cuiac. in l. 2. & ſeqq. §. item ſi in facto inf. h. t.* eaque ſententia probatur expreſſo textu *in d. l. 4. in pr. h. t.* ubi JCtus ait eadem dicenda eſſe in hac ſtipulatione, *dolum malum à te hæredeque tuo abeſſe*: eadem videlicet quæ in præcedentibus *in l. 2. § 5 & 6 & in l. 3. in pr. h. t.* dicta erant de his ſtipulationibus, *per te neque per hæredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat, mihi hæredique meo agere licere, mihi hæredique non habere licere*: quas ſtipulationes individuas eſſe, ita ut uno contrafaciente omnes hæredes teneantur, ibidem oſtenditur. 2. Textus non minus expreſſus eſt *in l. inter. 44 §. quod ex facto 5. famil. erciſc.* ubi hæc duo facta conjunguntur, *dolum à ſe hæredeq; ſuo abſuturum*, &, *neque per ſe nec hæredem ſuum fieri quo minus quis eat agat*: quod poſterius individuum eſſe conſtat: ſed & diſertè *in d. §. 5.* indiſtinctè de utroque dicitur, quod propter factum unius reliqui teneantur. Et ut obiter hoc addam, non debet videri abſurdum plures cohæredes ex facto unius teneri: vel quia hoc fit propter naturam obligationis, quæ ita conſtituta eſt in perſona promiſſoris, nec adeò propter huius mortē in perſona hæredū immutari debet *l. 2. §. 1. h. t.* unde JCtus *in l. 5. ult. h. t.* aliter ſine injuria ſtipulatoris conſtitui poſſe negat: vel quia quod cæteri præſtiterunt ſtipulatori, à cohęrede judicio familiæ erciſcundæ repetunt *l. 2. §. 5. d. l. 5. § ultim. h. t. & d. l. 44 §. 5. fam. erc.* 3. Utitur Cujac. hac ratione, quod per dolum unius hæredis æque in ſolidum fiat contra ſtipulationem, atq; ſi unus cohæredum me ire agere non patitur.

tur. Ab hac autem opinione primus discessionem fecisse videtur Lælius Taurellus, qui in enarratione sua, ut eam appellat, ad Paulum & Catonem, dividuam hanc stipulationem, *dolum m. a. lum absuturum*, adeoque uno hæredum contra faciente, proportione tantum hęreditaria committi existimat: ideoq; quod in *pr. d. l.* 4. perspicue in contrarium scriptum est, à Paulo retractari & corrigi putat *in §. 1. vers. sed videamus h. t.* quasi JCtus sæpe dictam stipulationem, dolum malum abesse, cum ea comparari velit, qua quis se hæredemq; suum ratum habiturum est stipulatus. Quod sanè per quam durum, & eiusdem Taurelli *ad d l.* 44 *§. 5. fam. ercisc.* inepta responsio videtur, quod non dicatur ibi cohæredem propter factum alterius teneri, sed si teneri cœperit, quod præstitit, famil. ercisc. judicio repetere. Etenim si teneri potest cohęres, utique necessum est, individuam esse stipulationem, & pertinere ad priorem partem regulæ Catonianæ *in l.* 4. *§. 1. h. t.* quæ stipulatio si dividua esset, ex unius facto cohæres teneri non possit: cum præsertim non ita loquatur JCtus, ac si aliquo tantum casu singulari ex facto unius alter teneretur. Et tamen ex disputatione illa Taurelli hæ rationes pro sententia ipsius colliguntur. 1. quod *in l 9. & 10. depositi.* traditur, ex dolo hæredis unius in deposito admisso, cæteros non teneri. Responderi potest, quod ex sententia communi non efficiatur, quod perpetuo & semper ex dolo unius hæredis cæteri teneantur: & ut Bart. docet *in l.* 4. *§. Cato h. t. num. 6. & 7.* aliud in stipulationibus aliud in contractibus bonæ fidei observatur: vel aliud est in facto individuo quoad solutionem tantum, aliud in individuo quoad obligationem & solutionem, ut pluribus disputat *Bart. d. loc. num. 8.* Altera ratio pro Taurello est, quod cum omnes stipulationes prætoriæ sint eiusdem interpretationis *l. 32. §. 2. ad L. Falcid.* & verò stipulatio de judicato solvendo, rato habendo hactenus dividuæ sint, ut uno hærede contrafaciente in solidum stipulatio non committatur *d. l. 32. §. 2. l. 4. §. 1. vers. sed videamus h. t.* consequenter item statuendum sit in stipulatione hac, *dolum malum abesse*, quæ & ipsa prætoria est *argum. l. 6. & 19. iudicatum solvi.* Sed responderi potest, vel quod non omnis stipulatio, dolum malum abesse, prætoria sit, vel potius quod non sit universale, ut omnes omninò stipulationes prætoriæ sint in persona hæredum dividuæ, cum & facta individua in eas stipulationes venire possint,

argum.l.2.in princ d.prætor.stipulat. Facit 3. pro Taurello, quod stipulatio de judicato solvendo dividua est *d. l. 32. §. 2. ad L Falcid.* ei autem inest clausula dolum malum abesse *l. 6. iudicatum solvi*. Sed fortassis necessum non est, ut omnium clausularum eadem hic sit ratio. Nihil plane movet, quod ex causa huius stipulationis, dolum malum abfuturum, veniat interesse, quod etiam venit in stipulatione ratam rem haberi *l. 2. rem ratam haberi*, hæc autem dividua est *l.4.§.1. inf. h. t.* Etenim rectè hic respondet Cuiac. nullam esse consequentiam, quoniam etiam ex causa huius stipulationis, per te non fieri &c. interesse venit, & eam tamen individuam esse constat *l.2.§.ultim.& l.4.§ 1 h.t.* Non tamen dissimulo, non parum facere pro interpretatione Taurelli, qui *pr. l. 4. h.t.* putat corrigi *in vers. sed videamus &c.* quod aliàs *d. vers.* non habet aut vix certè habet quo referatur. Vix enim negari potest, quin verba hæc, *sed videamus ne non idem hic sit, sed magis idem &c.* retractent aliquid & determinent ex præced. nihil autem dici potest determinatum aut mutatum quoad stipulationem, *per te non fieri, vel, amplius non agi*: eoque verba, *ne non idem hic sit*, referenda erunt ad pr. L. de stipulatione, *dolum abesse*, ad quam tractationem, regulâ Catonianâ interruptam, *in vers. sed videamus*, Paulus revertatur. Nec quisquam negaverit duram esse explicationem, quam post Zas. & alios Cujac. probat *in l. 2. & seqq. §. item si in facto. h. t.* videamus ne non idem hic sit, *id est in stipulatione amplius non agi*, non idem videlicet, quod in stipulatione, per te non fieri. Dura inquam hęc explicatio est: quoniam *in* §. 1. & in ipsâ regulâ Catonianâ hæc diversitas utriusque stipulationis dissertissimis verbis proponitur: ex qua inferendum erat, non idem in utraque stipulatione jus esse: cui exprimendo, quicquid etiam moliatur Cujac. verba illa Pauli, *sed videamus &c.* prorsus non conveniunt. Sed ista in medium relinquo.

LIT. B C & D.

Duas species facit Tr. stipulationum vel rerum potius individuarum: alteram earum, quæ natura non recipiunt partium præstationem: alteram, quæ non recipiant lege & conditione stipulationis: & ad hoc genus stipulationum lit. D. refert promissionem hominis, videlicet in genere ex Paulo *in l. 2. §. 1. vers. quædam h. t.* ubi idem traditur, si aliquod aliud corpus vel vas in genere fuerit promissum, & additur, quod hæc natura recipiant partium

præsta-

præstationes: oppositivè videlicet ad servitutes, quæ nullo modo pro parte præstari possunt, potest autem solvi pars servi, veluti si quis servum sibi cum alio communem solvat: cæteroquin alio sensu naturâ ea demum verè dicuntur recipere partis præstationem, quæ in partes pro diviso distingui & quasi secari possunt: cujusmodi partium præstationem, homo vel quæ alia res non admittit, quam si dividas, perdis, ut ille quondam de navi dicebat: ideoque sunt hæ partes intellectu magis quam natura, & proinde eiusmodi stipulationes dicendæ essent recipere præstationem partium jure magis quam natura. Cæterum partium præstationem hic ea re vera recipere dicuntur, quorum parte soluta, etiam pro parte contingit liberatio, ut non nisi in residuum actio supersit: eoq; respectu homo in genere promissus negatur recipere præstationem partis: quoniam licet pars hominis V. C. in Sticho vel Pamphilo soluta fuerit, actio & obligatio tamen integra manet pro alio homine petendo, & partis tanquam indebito solutæ condictio debitori datur ***d.l.* 2. §. 1. *h.t. l.* 26. §.*pen d. condict. indeb.*** idque vel statim, vel ut in pendenti sit condictio iuxta ***dict. l.* 2.** §.1. quoniam si altera pars in eodem Sticho solvatur, jam retro altera pars rectè soluta fuisse videtur, & in solidum nascitur liberatio. Ratio ejus rei non obscura redditur à JCtis, quod aliàs fieret, ut cum incommodo & injuria quadam creditoris, qui unum hominem proprium in solidum habere voluit, in diversorum hominum partibus solutis acquiescere cogeretur, ***l. in executione.*** 85. §.***pro parte*** 4. ***h.t.*** Ideoque non obstat ***l.*** 17. ***d. acceptil.*** ubi acceptilatione partis, pars stipulationis perimi dicitur: quoniam jam dictum incommodum hoc casu cessat, & acceptilatio rectè fit pro parte, siquidem debitore ita per modum remissionis & donationis liberato, tantum unius partis petitio superest, & perinde est, ac si ab initio pars tantum hominis promissa fuisset. Eadem ratio est, si pro parte debitor judicio fuerit absolutus, ***l.* 2. §. *si tamen.* 3. *h. t.*** ubi id notant Accurs. Bart. & Cujac. Quod autem juris est in homine generaliter promisso, idem obtinet si in specie alternativè Stichus vel Pamphilus promissi fuerint: quoniam idem hic occurrit incommodum, quod si solutione partis Stichi pro parte liberatio contingeret, invito creditore solvendo partem Pamphili, debitor in solidum liberaretur. Cessat autem hoc incommodum, si unus tantum servus in

specie

ſpecie fuerit promiſſus, quia non niſi ſoluta parte eiusdem ſervi, liberatio contingit. Atq; ita explicandum eſt & diſtinguendum, quod Tr. ait de ſtipulatione hominis, Stichi aut Pamphili.

Sortis & pœnæ.] Aliud hoc exemplum eſt ſtipulationis individuæ, & quæritur: ſi ſubjecta ſit ſtipulatio pœnæ promiſſioni de dando vel faciendo, an illa committatur in ſolidum, ſi in ſolidum non fuerit paritum ſtipulationi principali, utcunque unus ex heredibus pro parte ſua ſatisfecerit, vel non contra fecerit. Diſtinguitur hic ex ſententia Catonis *in l. 4. §. 1. h. t.* an factum ſit individuum, veluti per te non fieri &c. quo caſu uno contrafaciente in ſolidum pœna committitur: an dividuum, veluti amplius non agi: quo caſu tantum pro parte committatur ſtipulatio. Sed obſtat *l. 5. §. ult. h. t.* ubi dicitur, ſi promiſſioni ſortis, quæ utique dividua eſt, ſubjecta fuerit pœnalis ſtipulatio, pœnam committi in ſolidum, licet unus ex hæredibus portionem ſortis debitæ præſtiterit: hac ſubjecta ratione, quod aliter ſine injuria ſtipulatoris ſtatui non poſſit, qui ſolutionem ſortis in ſolidum ſpectavit, & in eventum non factæ ejusmodi ſolutionis, ſtipulatione pœnali ſibi proſpexit: & adeò pœna evitari non poteſt, niſi in ſolidum ſtipulationi principali fuerit ſatisfactum: perinde ut pignus in ſolidum obligatum manet, donec integrum debitum exſolvatur, nec pro parte liberatur, ſoluta licet debiti parte *argumen. l. 3. Cod. d negot. geſt.* propter indiviſam pignoris cauſam *l. rem. 65. d. evict.* quâ eâd. ratione indiviſa pœnæ cauſa eſſe videtur. Ad hæc concilianda Cujac. poſt Johan. diſtinguit inter obligationem faciendi de qua in *d. l. 4. §. 1.* & obligationem dandi, de qua *in d. l. 5. §. ult. h. t.* quoniam interſit plurimum ſtipulatoris, ſolutionem non fieri per partes. Cæterum Donell. *in d. l. 5. §. ultim.* diſtinguit inter ſtipulationes quæ ſunt in non faciendo, & inter ſtipulationes quæ ſunt in dando vel faciendo: de illis agi *in d. l. 4. §. 1.* de his *in d. §. ult.* Rationem hanc reddit, quod cum quis promittit ſe quid non facturum, & ſi contrafecerit, pœnam, ſtipulationis pœnalis hanc eſſe conditionem ſi quid factum ſit: in cæteris autem promitti pœnam ſub contraria conditione, ſi quid factum non ſit, videlicet totum illud quod in principali obligatione fuit, cui ſi non ſatisfiat, verum utique ſit in perſona omnium heredum, id factum non eſſe. Poſſit & hoc in conſiderationem venire, quod qui pœnam ſubjicit obligationi

tioni dandi, omninò ſibi cavere voluiſſe intelligitur, ut illam ſortem ſimul integram conſequatur, qua fortaſſis ad negotia ſua expedienda, pignora liberanda, vel pœnam alteri à ſeipſo promiſſam evitandam, opus ſibi eſſe ſciebat: quem finem cum per ſolutionem partis non aſſequatur, merito in ſolidum pœnam petit: quæ ratio ceſſat in ſpecie facti dividui *in l.* 4 *§.1. h. t.* Sed pluribus hic non inſiſto, ſed remitto *ad Dd. Zaſ. Duar. Cujac. Donell. in d. l.* 4. *§. Cato h. t.* & præ cæteris *Bart. ibid. n* 11. *& ſeqq.*

Aut denique facti.] Denique refert Tr. ſub dividuas ſtipulationes ſive earum objectum quatuor facta, fundum tradi, foſſam fodi, inſulam fabricari, vel operas. Ad prius pertinet quod ait de ſtipulatione vel facto collato in rem præſentem, partibus indiviſis conſtantem, id eſt, quæ dum tradi promittitur, partes habet indiviſas: quoniam ſi conſideretur res aliqua, ut partes pro diviſo habens, non unum ſed plura diſtincta corpora intelliguntur. Rationem cur individuum ſit hoc factum prolixè reddere conatur *Donell. in l. ſtipulationes* 72 *h. t.* licet plus ſubtilitatis quam veritatis iſtud habeat, ſi pars tradatur pro diviſo, jam non videri rem pro parte traditam, cum ſit diverſum quid à toto. Etenim ſi qui fundum promiſit, per aſſignationem certorum limitum dimidium tradat, videtur utiq; obligationi pro parte ſatisfactum eſſe: & fortaſſis JCtus *in d. l.* 72. non tantum objectum, ſed ipſum tradendi factum, ut ſimpliciter rem haberet, quod omnino individuum eſt, conſideravit. Ad poſteriora tria facta pertinet deſcriptio Tr. generalis facti, quod in res futuras confertur ut fiant, quod Donell. explicat *d. loc. n.* 13. Sed in Tr. hoc notandum videtur, quod cum diverſas inividuorum ſpecies faciat, ſervitutes ſlit. C. & hæc facta, quæ lege non recipiant partium præſtationem, iſta tamen facta & ſervitutes hac in re conjunguntur, & de utriſq; idem ſtatuitur *in d. l.* 75. *h. t* imò ex mente Donell. quem Tr. ſequitur, facta quoq; hæc natura ſua individua ſunt: quin qui promittit ſervitutem nil niſi factum promittere videtur. Cæterum videri poſſunt diverſo ſenſu dividuæ aut individuæ ſtipulationes *dict. l.* 2. 3. *&* 4. *h. t. & in l.* 72. *in pr. eod* ſiquidem ibi dividi dicuntur ſtipulationes, ſi ubi factum non præſtatur, pecunia præſtanda venit, quæ admittit diviſionem, quam non recipiunt facta: (ex quo confirmatur, quod jam dicebam, *in d. l.* 72. ipſam factorum individuita-

tem ſpectatam videri) atquin *in d l. 2. & 4.* nihilominus individuæ ſtipulatio dicitur, utcunq; ad intereſſe & ita ad pecuniam agatur: quoniam nihilominus hactenus individua ſtipulatio eſt, quod propter unius hæredis factum tota ſtipulatio committitur, ut omnes hæredes, ſed non ſinguli in ſolidum, verum pro portionibus hæreditariis teneantur, ut docet *d. l. 4. §. 1. & l. 5. §. ult. h. t.* Et hinc non tantum ratione factorum per ſe conſideratorum, alia hujusmodi ſtipulationum, de quibus *in d. l. 72.* ratio eſt, ſed etiam quoad effectum, ut videlicet hæredes ſinguli in ſolidum teneantur, nec tantum teneantur, ſed etiam effectu ita conveniantur, ut quidem exiſtimat *Cuiac. in l. 2. & ſeqq. §. item ſi in facto. h. t.* ubi ait, hęredes re integra teneri ſingulos in ſolidum, nec, ſi actor ipſum factum præſtari velit, offerendo id quod intereſt, liberari. Sed magis eſt ut hæc Cujac. ſententia falſa ſit per tradita ſupra *hac diſp. th. 1. inf.* ubi oſtendimus nec ipſum promiſſorem principalem, præciſè teneri ad factum, ſed in hujus locum id quod intereſt, ſubrogari: ex quo efficitur, quod ad inſtar cæterarum obligationum individuarum, de quibus *in l. 2. cum ſeqq. h. t.* tractatur, hic quoq; obligatio in ſolidum committatur, ſed hęredes ſinguli non in ſolidum, ſed pro portionibus hæreditariis teneantur. Nec quicquam obſtant textus, quos Cujac. adducit: non *dict. l. 72.* quoniam ut malè exiſtimat Cujac. hæc non fuit ſententia Tuberonis, tum demum dividi ſtipulationes, ſi ſtipulatio pœnalis in pecunia fuerit ſubiecta, (quamvis hujusmodi ſtipulatio potius inducat individuitatem, ubi aliàs per ſe dividua obligatio eſt *l. 5. §. ult. h. t.*) ſed hæc quod ſimpliciter factorum iſtæ ſtipulationes dividuæ efficiantur, quatenus non præſtitis factis agitur ad intereſſe: hoc ipſum enim traditur *in d. l. 72. inf. pr.* quod eſt *in l. 13. §. ult. d. re iudic.* ubi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dare oportere: quę poſteriora tria verba non ſignificant formulam pœnalis ſtipulationis ſubiectæ, ideoque vitiosè diverſis typis in quibusdam exemplaribus exprimuntur, ſed continent deciſionem JCti, quod in locum facti ſuccedat intereſſe: ut proinde textus ille potius Cujac. ſententiam evertat. Non obſtat etiam *l. in executione 85. §. 2. h. t.* quoniam deciſio illius loci pendet ex hypotheſi, in qua hæres ſub conditione operis faciendi inſtitutus fuit, adeoq; ſi adivit, præcisè opus facere, aut hæreditatem relinquere cogitur: quæ etiã ſen-

ten-

tentia est frustra à Cuiac. adductæ *l* 11. § *ult. d legat.* 3. ut notatum *d. th.* 1. *in f.* Et igitur malè Cuiac. textus generaliter loquentes de subrogatione eius quod interest in locum facti *in d.l.* 13. §. 1. *d. re iudic. l. si fundum* 114. *h. t.* restringit ad casum quo res amplius integra non est: quamvis videri possit res semper non esse integra: quoniam ut notatum sæpè *d. th.* 1. non nisi interveniente mora ex stipulationibus faciendi agere licet.

THESIS V.

LIT. A.

Continuat Treut. tractationem præced. & de effectu stipulationum dividuarum & individuarum tractat, & plura hîc membra constituit: quorum primum est: quod semper ab ipsis contrahentibus solidum peti possit, ex his stipulationibus. Et tanto igitur magis ubi dividua est stipulatio poterunt peti partes: cuius contrarium colligi possit ex verbis Treut. quibus ait, solvi posse partes, sed tantum ex stipulatione dividua: inde enim fortassis aliquis, propter membra opposita colligeret, partes peti non posse. Ita autem solidum peti potest, ut sæpe etiam possint peti partes: quod & admiserim in hac specie individuæ stipulationis: hominem dabis? quod ipse Treut. non obscure tradit lit. D. Ait porrò Treut. solvi partes posse, sed tantum volenti: quibus verbis implicatur quæstio, an particularem solutionem invitus creditor admittere teneatur: de quo agitur *inf. disp.* 29. *th* 2. *lit. B. & actum supra part.* 1. *disput.* 20. *th.* 11. *lit. A.* Addit Treut. posse tantum solvi partes ex stipulatione dividua. Quod ambiguum est; nam & in una specie stipulationis individuæ, veluti hominis in genere, potest solvi pars, sed ita tamen, ut in pendenti sit liberatio: ideoque Treut. intelligit ita posse solvi partem, ut etiam protinus pro parte liberatio nascatur: quamvis & tentari possit, si quis ultro acceptavit partem, & ea solutione contentum se professus sit, alteram partem in alio homine solvi posse, sed videamus lit. B.

LIT. B.

Unum membrum huius thes. est de ipso promissore: alterum de eius hæredibus, quod magnam partem ex præmissis explicari potest. Proponit autem regulam Treut. quòd ex persona hæ-

redum non mutetur conditio obligationis quam habuit in persona defuncti. Quæ absolutè & simpliciter vera non est, quoniam constat, obligationem in personis hæredum pro portionibus hæreditariis dividi ex l.12. tabb. idque non tantum in obligationibus dividuis, sed etiam individuis: quæ licet hoc proprium habeant, ut ex unius facto in solidum stipulatio committatur, nihilominus actio in singulos cohæredes, ubi ad pœnam vel interesse agitur pro portionibus hæreditariis dividenda est. Cæteroquin quoad alia in suo statu obligatio manet: veluti si tale quid sit in obligatione, ad quod pro parte actio non sit, & videlicet servitus *l. 17. d. servit.* ita stipulatio hominis in genere hanc in hæredibus retinet qualitatem, ut nec uno ex iis solvente, pro parte obligatio nascatur *l. 2. §. 2. hoc titul.* Et apparet igitur in speciebus præmissis mutari aliquatenus & secundum quid conditionem obligationis, propter L. 12. tabb. quæ in hæredes quatenus fieri potest obligationes dividit pro iis partibus, pro quibus defunctum repræsentant. Cui non obstat, quod etiam de iis stipulationibus individuis, ex quibus ad pœnam pecuniariam vel interesse agitur, dicitur, hæredes in solidum teneri: quoniam hoc intelligitur de omnibus hæredibus simul, & hoc præcipuè respectu, quod ex unius facto reliqui omnes, sed quisque pro portione hæreditaria convenitur.

LIT. C.

Cum lit. B. dixisset ex persona hæredum non mutari conditionem obligationis, subiicit hac lit. in th. *licet in dividuis singuli pro partibus hæreditariis teneantur.* Quibus verbis hanc limitationem innuere videtur, quam lit. præced. attigimus de divisione obligationum in hæredes ex L. 12. tabb. & tamen ex prædictis apparet, quod etiam in individuis suo modo hæredes teneantur pro portionibus hæreditariis. Modum divisionis videtur Tr. exprimere voluisse in exegesi his verbis, ita ut species partibus corporum, genera numero dividantur. Sed ista verba non videntur carere vitio, & non levi laborare ambiguitate. Etenim in textibus quos adducit Tr. de singulari quæstione & dividendi ratione tractatur: nimirum quæ sit ratio præstationis & solutionis in persona hæredum, si vel species vel genera promissa proponantur. Et quidem verba speciei & generis, & generis præsertim, ambigua sunt,

est notatum supra *part.1. disputat.30.thes.4.lit.C.* hic autem species promissæ dicuntur, si res aliquæ sub nomine proprio, veluti Stichus, Pamphilius &c. fuerint promissæ: genera autem si plures res sub nomine communi & appellativo in obligationem fuerint deductæ, veluti duo, quatuor, decem homines. Circa hanc quæstionem versantur *l. in stipulationibus* 54. *l. si centum* 117. *h. tit.* & docent illo casu, speciebus promissis, singulis hæredibus singulas partes Stichi vel Pamphili deberi: hoc autem, promissis generibus singulis hæredibus non partes in singulis hominibus, sed singulos homines integros dandos esse. Ex quibus apparet, offendere Tr. 1. quod ita proponit, perinde ac si totum genus & omnes species rerum dividuarum exhausisset: cum tamen principalem speciem omiserit promissæ quantitatis, in qua maximè apparet divisio pro partibus hæreditariis. Et hinc 2. quia imò species hæc proposita simpliciter ad obligationes dividuas rectè referri non videtur, quin potius sub eam classem pertinere, quam th. præced. lege & conditione stipulationis partium præstationem recipere negavit: videl. per se, quia ex citatis ante textibus apparet, eas recipere divisionem ex accidenti, propter plures hæredes stipulatoris. Et hinc 3. cum Tr. hactenus individuitatem ferè tantum consideraverit in promissore & eius hæredibus, ista tractatio pertinet ad hæredes stipulatoris. Neque enim, ut hoc obiter addamus, eadem ubique ratio est hæredum stipulatoris & promissoris: ut manifestum fit exemplo stipulationum individuarum super factis quibusdam, sive quæratur de eo quod interest in specie, sive de pœna subjecta. Nam 1. V. C. in stipulatione, *per te non fieri, &c.* si unus ex hæredibus promissoris contra faciat, contra omnes committitur stipulatio: sed unus ex stipulatoris hæredibus prohibitus, solus actionem habet *l.3.§.1. h. tit.* ubi redditur ratio, quoniam cæterorum cohæredum nihil intersit. 2. si subjecta pœnali stipulatione unus ex hæredibus stipulatoris prohibitus sit, ipso quidem jure cæteri experiri possunt, sed quia eorum non interest per exceptionem removentur *l.2.§. ultim. h. tit.* Cui obiici solet *l.38.§. alteri. 17. vers. plane h. tit.* ubi dicitur subjecta pœnali stipulatione, non curari an intersit nec ne, sed tantum attendi qualitatem stipulationis. Respondet *Cuiac. in l.2.§. item si in facto h. t.* quod d. §.17. ita procedat, si nemo sit cujus intersit, qui possit agere, & cũ adeo hic inter-

ſit eius qui prohibitus eſt, cæteros exceptione repelli. Quæ reſponſio videri poſſit inſufficiens: quoniam ſi in ſolidum non tantum pro parte prohibiti commiſſa ſtipulatio eſt, *d. l. 2. § ult. h. tit.* & juxta *d. l. 38. §.* 17. non attenditur an interſit, nihil proponi videtur, quominus cæteri cohęredes cũ effectu agere poſſint, in quos videlicet ſtipulationem in ſolidum commiſſam, ex ratione juris pro partibus, vel potius jus ex ea agendi tranſire & diffundi oporteat. Sed tamen occurrit hic differentiæ ratio: quoniam aut ſingulis hæredibus ſtipulatoris damus actionem in ſolidum, aut tantum ei qui prohibitus eſt, in ſolidum, aut ſingulis pro parte. Primum conjunctum eſſet cum manifeſta injuria hæredum promiſſoris, & offenderet rationẽ juris in hac ſpecie, ubi ad rem diviſibilem agitur; poſtremum iniquam videtur conditionem inferre hæredi ſtipulatoris qui ſolus prohibitus fuit, ſi pari jure cum cæteris qui prohibiti non ſunt, uti teneretur: adeoque videtur relinqui intermedium. Cæterum *Bart. in l. 2. §. ſi in facto* poſt relatas aliorum reſponſiones, ita diſtinguit, quod aut offenditur directò cui eſt promiſſum, & non inſpicimus an interſit, ſive ſit ipſe principalis & primus contrahens, ſive qui eius perſonam repræſentat: aut offenditur alius, qui perſonam quidem repræſentat ſtipulatoris, ſed tantum pro parte, adeoque extra illam partem eſt extraneus: & hic ſi ipſe offenſus non ſit, cum effectu agere non poteſt, quia non in ſolidum ſed pro parte tantum offenſio facta eſſe intelligitur. Quibus addendum puto, quod pœna in locum eius quod intereſt ſubrogetur argum. *§. ultim. Inſtit. h. t.* & quod dicitur *in d. l. 38. §. alteri* 17. *D. eod.* non curari an inter ſit nec ne, non eo pertinere exiſtimo, quaſi plane eo caſu nihil interſit: ſed, quoniam ſemper ut juxta ſtipulationem fiat, intereſſe præſumitur, quod propter hanc præſumtionem, non neceſſe ſit probari intereſſe, ſed juxta qualitatem ſtipulationis pœna adjudicetur: cæterum fortaſſis aliud tentari poſſit, ſi liquidò conſtet nihil intereſſe: quod *& Don. in l. 2. § ult. h. t. in f.* probare videtur. Atquin in ſpecie quam tractamus, conſtat illius qui prohibitus non eſt, nihil intereſſe, quippe contra quem nihil eſt admiſſum: quod tamen neceſſum eſt, ſi ſtipulatio pœnalis cum effectu debeat committi. Porrò tribus paulò ante propoſitis caſibus addendus eſt quartus, vel quartum membrum potius; quod ei ſoli qui prohibitus eſt, & quidem pro portione

tan

tantum hæreditaria actio detur. Et quidem si adjecta non est pœna, cum negetur in solidum commissa stipulatio *l. 2. §. ult. & l. 3. h. t.* fieri non possit ut in solidum actio detur: cum & alias obligatione hæreditaria in hæredes plures ex L. XII. tabb. divisa, fieri non possit, ut obligatio ad interesse in solidum committatur, ubi unius tantum hæredis, non cæterorum interesse dicitur: neq; adeò unus in solidum experiri possit. Eadem in effectu ratio est, si pœna subjecta fuerit: neque enim quod cæteri removentur exceptione, id prohibito prodesse debet: & in eum effectum in solidum cōmissa dicitur stipulatio, quod sicut promissoris hæredes omnes, sed quisque proportione hæreditaria tenetur, ita stipulatoris hæredibus singulis summo jure proportionibus actio acquiratur: sed quæ propria ratione excludatur per exceptionem. Verum, ut unde digressi sumus, ad Treut. revertamur, quod ex *l. 54 & l. 117.* de divisione specierum aut generum per partes vel numerum proponit, nihil magnopere ad explicandam istam materiam pertinere videtur: & probabile est quæsivisse Tr. occasionem hanc quæstionem inserendi, in qua nec ipsis JCtis satis convenisse videtur, ut ostendemus *infr disp. 29. th. 3. lit. D. inf.* ubi Tr. eandem quæstionem iterum tractat.

Lit. D.

Ait Treut. in individuis singulos hæredes teneri in solidum: quod mox limitat in exegesi, si ratione rei stipulatæ sit individua stipulatio. Atquin th. præced. divisionem hanc stipulātionum in dividuas & individuas, ab objecto desumi dixerat, secundum quod ubicunq; stipulatio est individua, rem quoq; stipulatam, sive promissam, individuam esse oportebit. Sed nimirum apparet quod Tr. respexerit ad duas species individuæ stipulationis, quas constituit th. præced. quod scil. res non recipiant partis præstationem natura sua, vel non recipiant lege & conditione stipulationis. Illius exemplum est in promissa servitute, quam Tr. in specie individuam stipulationem ratione rei stipulatæ, & hoc casu singulos hæredes in solidum teneri affirmat. Sed videri possit adhibenda hic esse distinctio: quoniam aut stipulatio circa servitutem subsistit in terminis simplicis promissionis: & defuncto promissore si agatur ad constituendam servitutem, quoniam res nullo modo recipit divisionem, singuli hæredes in solidum conveniuntur *l. via.*

17. *d.*

tamen ratio ibi proposita hic quoque militat, quod nulla culpa vel mora intercesserit debitoris. Accedit & hoc, quod si in nostro casu non esset facultas debitori offerendi æstimationem, posset stipulator in fraudem ejus efficere, ut acquisito homine viliori, necessitas præstandi pretiosioris debitori cum injuria imponeretur.

Quid si Stichus.] Hæc quæstio an in obligatione generali possit solvi species, quæ tempore stipulationis fuit in dominio creditoris, nihil huc pertinet, & eam hac occasione subiecisse videtur Tr. quod ab Ant. Fabr. *eod. cap.* 5 *lib. 2. coniect.* tractatur: & remittimus hoc ad *disp. 29. th. 3. lit. E. in pr.* ubi eam repetit Tr.

THESIS IV.

LIT. A.

Nobilissima hic proponitur divisio stipulationum in dividuas & individuas, quam ab obiecto desumtam esse rectè docet Treut. videlicet à rebus in stipulationem deductis, quæ vel sunt dividuæ & individuæ, & pro parte præstari possunt vel non possunt. Dividuas appellat Treut. quæ natura & jure recipiunt partium præstationem: & exempli loco refert hæreditatem & usumfructum. Quod non puto rectè fieri: quoniam cum hic agatur de rebus ex obligatione aliqua præstandis, utique hoc modo quatenus hæreditas ut futura, & post mortem alicujus deferenda, consideratur, ea jure nostro nullo modo esse potest objectum stipulationis: cæterum jam delata & acquisita, sicut vendi, ita etiam dubio procul in alias obligationes deduci poterit. Sed sto sensu, cum nihil aliud sit, nisi ex variis rebus & partibus collecta & constituta universitas, etiam pro partibus divisis rectè præstabitur. Nec quicquam huc pertinet citata à Treut. *l. 9. §. 12. d. hæred. instit.* quo loco tractatur de pluribus hæredibus à testatore institutis, & scilicet non ibi jus dividitur, sed potestate legis sequentis voluntatem testatoris in singulorum persona jus separatum constituitur: idque est quod ibi dicitur jus inter eos dividi à testatore: ut intelligamus, eos non æqualiter fieri hæredes. Quod ad usumfructum attinet, non est satis expeditum, quo sensu ille dicatur dividuus, & sub ea qualitate tum servitutib. realibus tum usui opponatur, de

tur, de quo actum supr. *part. 1. disp. 16. th. 3. lit.* K. ex quo loco appareret, alio respectu, quam de quo hic tractatur, usumfructum dici dividuum: præterquam quod *in l. 5. de usufructu* dicitur, usumfructum pro parte divisa etiam constitui: intuitu videl. subiecti quod dividuum est, nec tantum pro indiviso, sed etiam pro diviso partes admittit: ut proinde nec in hæreditate nec in usufructu verum videatur quod Tr. ait, in his tantum intelligi partes pro indiviso: quin existimari possit, quæ tantum pro indiviso partium præstationem recipiunt, potius sub alterum membrum stipulationum individuarum esse referenda, quippe quod de iis vix posse dici videatur, ea natura & jure partium recipere præstationem: idq; apparet ex iis quæ mox tradit Tr. lit. C. de homine promisso in genere vel duobus hominibus promissis sub alternatione, quas stipulationes refert sub individuas.

Omnes dandi stipulationes.] Omnes dandi stipulationes dividuas esse affirmat Tr. Quod non animadverto quomodo convenire possit cum iis quæ traduntur lit. C. de stipulatione servi in genere, quam individuam appellat, quippe cum utique ista sit stipulatio dandi: quin imò *Cuiac. in l. 2. h. t. § item si.* 5. stipulationes servitutum, dandi stipulationibus annumerat: ut proinde necessum sit verba, *divídui & individui*, ambiguè & confusè usurpata esse à Tr. quoniam quatenus stipulationes dandi opponuntur obligationibus faciendi, rectè appellantur illæ dividuæ: sed Tr. d. lit. C. obligationes aliquas dandi sub individuas refert, quæ cum respectivè dividuæ videantnr, rectius mixtam speciem constituent.

Item facta in rem præsentem collata.] Hoc quoque ambiguè & obscurè proponitur: siquidem facta naturâ suâ & in se considerata sunt indivisibilia: sed dicuntur dividua, quæ procul dubio Tr. sententia est, applicatione ad rem quæ dividua est, & pro partibus præstari potest & fieri. Ideoque peccare videtur Tr. dum simpliciter dividuam hanc ait esse stipulationem; *amplius non agi:* quoniam super indivisibili etiam hujusmodi stipulatio interponi potest, quo casu individua potius erit stipulatio. Porrò duo illa facta, tanquam distincta membra à Tr. proposita, *dolum admittere & dolum malum abesse*, cum utique nemo se dolum admissurum esse promittat, non nisi unum factum esse videntur. Illud autem controversum, an stipulatio hæc, dolum malum abesse, sit dividua.

Et sunt quædam stipulationes prorsus individuæ, ut nec in persona promissoris recipiant divisionem, nec in persona hæredum, sed si ab uno V. C. quid contra fiat, stipulatio in solidum committatur, ita ut uno contrafaciente, perinde habeatur, ac si omnes contrafecissent: Veluti in stipulatione per te hæredesque tuos non fieri, quo minus mihi agere liceat *l. 2. §. 5. l. 3. & 4. §. 1. h. t.* Quædam autem quam in persona promissoris non admittebant, in hæredum persona, divisionem recipiunt, veluti rem ratam haberi, quod pro parte non potest defunctus, sed possunt hæredes, *l. 4. §. 1. vers. sed videamus h. t.* Et igitur, ut ad quæstionem nostram revertamur, factum hoc, *dolum malè esse*, in persona utique promissoris individuum quid esse videtur: quin idem in personis hæredum, vt videlicet uno dolum committente, contra omnes hæredes stipulatio commissa censeatur, communiter tradunt *Dd. in d. l. 4. h. t.* & post eos *Cuiac. in l. 2. & seqq. §. item si in facto inf. h. t.* eaque sententia probatur expresso textu *in d. l. 4. in pr. h. t.* ubi JCtus ait eadem dicenda esse in hac stipulatione, *dolum malum à te hæredeque tuo abesse*: eadem videlicet quæ in præcedentibus *in l. 2. §. 5 & 6 & in l. 3. in pr. h. t.* dicta erant de his stipulationibus, *per te non fieri neque per hæredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat, mihi hæredique meo agere licere, mihi hæredique non habere licere*: quas stipulationes individuas esse, ita ut uno contrafaciente omnes hæredes teneantur, ibidem ostenditur. 2. Textus non minus expressus est *in l. inter. 44. §. quod ex facto 5. famil. ercisc.* ubi hæc duo facta conjunguntur, *dolum à se hæredeq; suo absuturum*, &, *neque per se nec hæredem suum fieri quo minus quis eat agat*: quod posterius individuum esse constat: sed & disertè *in d. §. 5.* indistinctè de utroque dicitur, quod propter factum unius reliqui teneantur. Et ut obiter hoc addam, non debet videri absurdum plures cohæredes ex facto unius teneri: vel quia hoc fit propter naturam obligationis, quæ ita constituta est in persona promissoris, nec adeò propter huius mortē in persona hæredū immutari debet *l. 2. §. 1. h. t.* unde JCtus *in l. 5. ult. h. t.* aliter sine injuria stipulatoris constitui posse negat: vel quia quod cæteri prę-stiterunt stipulatori, à cohęrede judicio familiæ erciscundæ repetunt *l. 2. §. 5. d. l. 5. § ultim. h. t. & d. l. 44 §. 5. fam. erc.* 3. Utitur Cujac. hac ratione, quod per dolum unius hæredis æque in solidum fiat contra stipulationem, atq; si unus cohæredum me ire agere non patiatur.

tur. Ab hac autem opinione primus discessionem fecisse videtur Lælius Taurellus, qui in enarratione sua, ut eam appellat, ad Paulum & Catonem, dividuam hanc stipulationem, *dolum malum abfuturum*, adeoque uno hæredum contra faciente, proportione tantum hereditaria committi existimat: ideoq; quod in *pr. d. l. 4.* perspicue in contrarium scriptum est, à Paulo retractari & corrigi putat *in §. 1. vers. sed videamus h. t.* quasi JCtus sæpe dictam stipulationem, dolum malum abesse, cum ea comparari velit, qua quis se hæredemq; suum ratum habiturum est stipulatus. Quod sanè per quam durum, & eiusdem Taurelli *ad d. l. 44 §. 5. fam. ercisc.* inepta responsio videtur, quod non dicatur ibi cohæredem propter factum alterius teneri, sed si teneri cœperit, quod præstitit, famil. ercisc. judicio repetere. Etenim si teneri potest cohæres, utique necessum est, individuam esse stipulationem, & pertinere ad priorem partem regulæ Catonianæ *in l. 4. §. 1. h. t.* quæ stipulatio si dividua esset, ex unius facto cohæres teneri non possit: cum præsertim non ita loquatur JCtus, ac si aliquo tantum casu singulari ex facto unius alter teneretur. Et tamen ex disputatione illa Taurelli hæ rationes pro sententia ipsius colliguntur. 1. quod *in l 9. & 10. depositi.* traditur, ex dolo hæredis unius in deposito admisso, cæteros non teneri. Responderi potest, quod ex sententia communi non efficiatur, quod perpetuo & semper ex dolo unius hæredis cæteri teneantur: & ut Bart. docet *in l. 4. §. Cato h. t. num. 6. & 7.* aliud in stipulationibus aliud in contractibus bonæ fidei observatur: vel aliud est in facto individuo quoad solutionem tantum, aliud in individuo quoad obligationem & solutionem, ut pluribus disputat *Bart. d. loc. num. 8.* Altera ratio pro Taurello est, quod cum omnes stipulationes prætoriæ sint eiusdem interpretationis *l. 32. §. 2. ad L. Falcid.* & verò stipulatio de judicato solvendo, rato habendo hactenus dividuæ sint, ut uno hærede contrafaciente in solidum stipulatio non committatur *d. l. 32. §. 2. l. 4. §. 1. vers. sed videamus h. t.* consequenter item statuendum sit in stipulatione hac, *dolum malum abesse*, quæ & ipsa prætoria est *argum. l. 6. & 19. iudicatum solvi.* Sed responderi potest, vel quod non omnis stipulatio, dolum malum abesse, prætoria sit, vel potius quod non sit universale, ut omnes omninò stipulationes prætoriæ sint in persona hæredum dividuæ, cum & facta individua in eas stipulationes venire possint,

argum.l.2.in princ d.prætor.stipulat. Facit 3. pro Taurello, quod stipulatio de judicato solvendo dividua est *d. l. 32. §. 2. ad L Falcid.* ei autem inest clausula dolum malum abesse *l. 6. iudicatum solvi.* Sed fortassis necessum non est, ut omnium clausularum eadem hic sit ratio. Nihil plane movet, quod ex causa huius stipulationis, dolum malum absuturum, veniat interesse, quod etiam venit in stipulatione ratam rem haberi *l. 2. rem ratam haberi*, hæc autem dividua est *l. 4. §. 1. inf. h. t.* Etenim rectè hic respondet Cuiac. nullam esse consequentiam, quoniam etiam ex causa huius stipulationis, per te non fieri &c. interesse venit, & eam tamen individuam esse constat *l. 2. §. ultim. & l. 4. § 1 h. t.* Non tamen dissimulo, non parum facere pro interpretatione Taurelli, qui *pr. l. 4. h. t.* putat corrigi *in vers. sed videamus &c.* quod aliàs *d. vers.* non habet aut vix certè habet quo referatur. Vix enim negari potest, quin verba hæc, *sed videamus ne non idem hic sit, sed magis idem &c.* retractent aliquid & determinent ex præced. nihil autem dici potest determinatum aut mutatum quoad stipulationem, *per te non fieri, vel, amplius non agi:* eoque verba, *ne non idem hic sit*, referenda erunt ad pr. L. de stipulatione, *dolum abesse*, ad quam tractationem, regulâ Catonianâ interruptam, *in vers. sed videamus*, Paulus revertatur. Nec quisquam negaverit duram esse explicationem, quam post Zas. & alios Cujac. probat *in l. 2. & seqq. §. item si in facto. h. t.* videamus ne non idem hic sit, *id est in stipulatione amplius non agi*, non idem videlicet, quod in stipulatione, per te non fieri. Dura inquam hęc explicatio est: quoniam *in §. 1.* & in ipsâ regulâ Catonianâ hæc diversitas utriusque stipulationis disertissimis verbis proponitur: ex qua inferendum erat, non idem in utraque stipulatione jus esse: cui exprimendo, quicquid etiam moliatur Cujac. verba illa Pauli, *sed videamus &c.* prorsus non conveniunt. Sed ista in medium relinquo.

LIT. B C & D.

Duas species facit Tr. stipulationum vel rerum potius individuarum: alteram earum, quæ natura non recipiunt partium præstationem: alteram, quæ non recipiant lege & conditione stipulationis: & ad hoc genus stipulationum lit. D. refert promissionem hominis, videlicet in genere ex Paulo *in l. 2. §. 1. vers. quædam h. t.* ubi idem traditur, si aliquod aliud corpus vel vas in genere fuerit promissum, & additur, quod hæc natura recipiant partium

præsta-

præstationes: oppositivè videlicet ad servitutes, quæ nullo modo pro parte præstari possunt, potest autem solvi pars servi, veluti si quis servum sibi cum alio communem solvat: cæteroquin alio sensu naturâ ea demum verè dicuntur recipere partis præstationem, quæ in partes pro diviso distingui & quasi secari possunt: cujusmodi partium præstationem, homo vel quæ alia res non admittit, quam si dividas, perdis, ut ille quondam de navi dicebat: ideoque sunt hæ partes intellectu magis quam natura, & proinde eiusmodi stipulationes dicendæ essent recipere præstationem partium jure magis quam natura. Cæterum partium præstationem hic ea re vera recipere dicuntur, quorum parte soluta, etiam pro parte contingit liberatio, ut non nisi in residuum actio supersit: eoq; respectu homo in genere promissus negatur recipere præstationem partis: quoniam licet pars hominis V. C. in Sticho vel Pamphilo soluta fuerit, actio & obligatio tamen integra manet pro alio homine petendo, & partis tanquam indebito solutæ condictio debitori datur *d. l. 2. §. 1. h. t. l. 26. § pen d. condict. indeb.* idque vel statim, vel ut in pendenti sit condictio iuxta *dict. l. 2. §. 1.* quoniam si altera pars in eodem Sticho solvatur, jam retro altera pars rectè soluta fuisse videtur, & in solidum nascitur liberatio. Ratio ejus rei non obscura redditur à JCtis, quod aliàs fieret, ut cum incommodo & injuria quadam creditoris, qui unum hominem proprium in solidum habere voluit, in diversorum hominum partibus solutis acquiescere cogeretur, *l. in executione. 85. § pro parte 4. h. t.* Ideoque non obstat *l. 17. d. acceptil.* ubi acceptilatione partis, pars stipulationis perimi dicitur: quoniam jam dictum incommodum hoc casu cessat, & acceptilatio rectè fit pro parte, siquidem debitore ita per modum remissionis & donationis liberato, tantum unius partis petitio superest, & perinde est, ac si ab initio pars tantum hominis promissa fuisset. Eadem ratio est, si pro parte debitor judicio fuerit absolutus, *l. 2. §. si tamen. 3. h. t.* ubi id notant Accurs. Bart. & Cujac. Quod autem juris est in homine generaliter promisso, idem obtinet si in specie alternativè Stichus vel Pamphilus promissi fuerint: quoniam idem hic occurrit incommodum, quod si solutione partis Stichi pro parte liberatio contingeret, invito creditore solvendo partem Pamphili, debitor in solidum liberaretur. Cessat autem hoc incommodum, si unus tantum servus in

specie

ſpecie fuerit promiſſus, quia non niſi ſoluta parte eiusdem ſervi, liberatio contingit. Atq; ita explicandum eſt & diſtinguendum, quod Tr. ait de ſtipulatione hominis, Stichi aut Pamphili.

Sortis & pœnæ.] Aliud hoc exemplum eſt ſtipulationis individuæ, & quæritur: ſi ſubjecta ſit ſtipulatio pœnæ promiſſioni de dando vel faciendo, an illa committatur in ſolidum, ſi in ſolidum non fuerit paritum ſtipulationi principali, utcunque unus ex heredibus pro parte ſua ſatisfecerit, vel non contra fecerit. Diſtinguitur hic ex ſententia Catonis *in l.* 4. §.1. *h. t.* an factum ſit individuum, veluti per te non fieri &c. quo caſu uno contrafaciente in ſolidum pœna committitur: an dividuum, veluti amplius non agi: quo caſu tantum pro parte committatur ſtipulatio. Sed obſtat *l.* 5. §. *ult. h. t.* ubi dicitur, ſi promiſſioni ſortis, quæ utique dividua eſt, ſubjecta fuerit pœnalis ſtipulatio, pœnam committi in ſolidum, licet unus ex hæredibus portionem ſortis debitæ præſtiterit: hac ſubjecta ratione, quod aliter ſine injuria ſtipulatoris ſtatui non poſſit, qui ſolutionem ſortis in ſolidum ſpectavit, & in eventum non factæ ejusmodi ſolutionis, ſtipulatione pœnali ſibi proſpexit: & adeò pœna evitari non poteſt, niſi in ſolidum ſtipulationi principali fuerit ſatisfactum: perinde ut pignus in ſolidum obligatum manet, donec integrum debitum exſolvatur, nec pro parte liberatur, ſoluta licet debiti parte *argumen. l.* 3. *Cod. d. negot. geſt.* propter indiviſam pignoris cauſam *l. rem.* 65. *d. evict.* quâ eâd. ratione indiviſa pœnæ cauſa eſſe videtur. Ad hæc concilianda Cujac. poſt Johan. diſtinguit inter obligationem faciendi de qua *in d. l.* 4. §. 1. & obligationem dandi, de qua *in d. l.* 5. §. *ult. h. t.* quoniam interſit plurimum ſtipulatoris, ſolutionem non fieri per partes. Cæterum Donell. *in d. l.* 5. §. *ultim.* diſtinguit inter ſtipulationes quæ ſunt in non faciendo, & inter ſtipulationes quæ ſunt in dando vel faciendo: de illis agi *in d. l.* 4. §. 1. de his *in d.* §. *ult.* Rationem hanc reddit, quod cum quis promittit ſe quid non facturum, & ſi contrafecerit, pœnam, ſtipulationis pœnalis hanc eſſe conditionem ſi quid factum ſit: in cæteris autem promitti pœnam ſub contraria conditione, ſi quid factum non ſit, videlicet totum illud quod in principali obligatione fuit, cui ſi non ſatisfiat, verum utique ſit in perſona omnium heredum, id factum non eſſe. Poſſit & hoc in conſiderationem venire, quod qui pœnam ſubjicit obligationi

tioni

tioni dandi, omninò sibi cavere voluisse intelligitur, ut illam sortem simul integram consequatur, qua fortassis ad negotia sua expedienda, pignora liberanda, vel pœnam alteri à seipso promissam evitandam, opus sibi esse sciebat: quem finem cum per solutionem partis non assequatur, merito in solidum pœnam petit: quæ ratio cessat in specie facti dividui *in l.* 4 *§.* 1. *h. t.* Sed pluribus hic non insisto, sed remitto *ad Dd. Zas. Duar. Cujac. Donell. in d. l.* 4. *§.Cato h. t.* & præ cæteris *Bart. ibid. n* 11. *& seqq.*

Aut denique facti.] Denique refert Tr. sub dividuas stipulationes sive earum objectum quatuor facta, fundum tradi, fossam fodi, insulam fabricari, vel operas. Ad prius pertinet quod ait de stipulatione vel facto collato in rem præsentem, partibus indivisis constantem, id est, quæ dum tradi promittitur, partes habet indivisas: quoniam si consideretur res aliqua, ut partes pro diviso habens, non unum sed plura distincta corpora intelliguntur. Rationem cur individuum sit hoc factum prolixè reddere conatur *Donell. in l. stipulationes* 72 *h. t.* licet plus subtilitatis quam veritatis istud habeat, si pars tradatur pro diviso, jam non videri rem pro parte traditam, cum sit diversum quid à toto. Etenim si qui fundum promisit, per assignationem certorum limitum dimidium tradat, videtur utiq; obligationi pro parte satisfactum esse: & fortassis JCtus *in d. l.* 72. non tantum objectum, sed ipsum tradendi factum, ut simpliciter rem haberet, quod omnino individuum est, consideravit. Ad posteriora tria facta pertinet descriptio Tr. generalis facti, quod in res futuras confertur ut fiant, quod Donell. explicat *d. loc. n.* 13. Sed in Tr. hoc notandum videtur, quod cum diversas inividuorum species faciat, servitutes l. it. C. & hæc facta, quæ lege non recipiant partium præstationem, ista tamen facta & servitutes hac in re conjunguntur, & de utrisq; idem statuitur *in d. l.* 75. *h. t* imò ex mente Donell. quem Tr. sequitur, facta quoq; hæc natura sua individua sunt: quin qui promittit servitutem nil nisi factum promittere videtur. Cæterum videri possunt diverso sensu dividuæ aut individuæ stipulationes dici *in l* 2 3. *&* 4. *h.* · *& in l* 72. *in pr. eod* siquidem ibi dividi dicuntur stipulationes, si ubi factum non præstatur, pecunia præstanda venit, quæ admittit divisionem, quam non recipiunt facta: (ex quo confirmatur, quod jam dicebam, *in d. l.* 72. ipsam factorum individuita-

tem ſpectatam videri) atquin *in d. l. 2. & 4.* nihilominus individuæ ſtipulatio dicitur, utcunq; ad intereſſe & ita ad pecuniam agatur: quoniam nihilominus hactenus individua ſtipulatio eſt, quod propter unius hæredis factum tota ſtipulatio committitur, ut omnes hæredes, ſed non ſinguli in ſolidum, verum pro portionibus hæreditariis teneantur, ut docet *d. l.* 4. §. 1. *& l. 5.* §. *ult. h. t.* Et hinc non tantum ratione factorum per ſe conſideratorum, alia hujusmodi ſtipulationum, de quibus *in d. l. 72.* ratio eſt, ſed etiam quoad effectum, ut videlicet hæredes ſinguli in ſolidum teneantur, nec tantum teneantur, ſed etiam effectu ita conveniantur, ut quidem exiſtimat *Cujac. in l. 2. & ſeqq.* §. *item ſi in facto. h. t.* ubi ait, hęredes re integra teneri ſingulos in ſolidum, nec, ſi actor ipſum factum præſtari velit, offerendo id quod intereſt, liberari. Sed magis eſt ut hæc Cujac. ſententia falſa ſit per tradita ſupra *hac diſp. th. 1. inf.* ubi oſtendimus nec ipſum promiſſorem principalem, præciſè teneri ad factum, ſed in hujus locum id quod intereſt, ſubrogari: ex quo efficitur, quod ad inſtar cæterarum obligationum individuarum, de quibus *in l. 2. cum ſeqq. h. t.* tractatur, hic quoq; obligatio in ſolidum committatur, ſed hęredes ſinguli non in ſolidum, ſed pro portionibus hæreditariis teneantur. Nec quicquam obſtant textus, quos Cujac. adducit: non *dict. l. 72.* quoniam ut malè exiſtimat Cujac. hæc non fuit ſententia Tuberonis, tum demum dividi ſtipulationes, ſi ſtipulatio pœnalis in pecunia fuerit ſubiecta, (quamvis hujusmodi ſtipulatio potius inducat individuitatem, ubi aliàs per ſe dividua obligatio eſt *l. 5.* §. *ult. h. t.*) ſed hæc quod ſimpliciter factorum iſtæ ſtipulationes dividuæ efficiantur, quatenus non præſtitis factis agitur ad intereſſe: hoc ipſum enim traditur *in d. l. 72. inf. pr.* quod eſt *in l. 13.* §. *ult. d. re iudic.* ubi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dare oportere: quę poſteriora tria verba non ſignificant formulam pœnalis ſtipulationis ſubiectæ, ideoque vitiosè diverſis typis in quibusdam exemplaribus exprimuntur, ſed continent deciſionem JCti, quod in locum facti ſuccedat intereſſe: ut proinde textus ille potius Cujac. ſententiam evertat. Non obſtat etiam *l. in executione* 85. §. 2. *h. t.* quoniam deciſio illius loci pendet ex hypotheſi, in qua hæres ſub conditione operis faciendi inſtitutus fuit, adeoq; ſi adivit, præciſè opus facere, aut hæreditatem relinquere cogitur: quæ etiã ſen-

ten-

tentia est frustra à Cuiac. adductæ *l* 11. § *ult. d legat.* 3. ut notatum *d. th.* 1. *in f.* Et igitur malè Cuiac. textus generaliter loquentes de subrogatione eius quod interest in locum facti *in d.l.* 13. §. 1. *d. re iudic. l. si fundum* 114. *h. t.* restringit ad casum quo res amplius integra non est: quamvis videri possit res semper non esse integra: quoniam ut notatum sæpè *d. th.* 1. non nisi interveniente mora ex stipulationibus faciendi agere licet.

THESIS V.

LIT. A.

Continuat Treut. tractationem præced. & de effectu stipulationum dividuarum & individuarum tractat, & plura hîc membra constituit: quorum primum est: quod semper ab ipsis contrahentibus solidum peti possit, ex his stipulationibus. Et tanto igitur magis ubi dividua est stipulatio poterunt peti partes: cuius contrarium colligi possit ex verbis Treut. quibus ait, solvi posse partes, sed tantum ex stipulatione dividua: inde enim fortassis aliquis, propter membra opposita colligeret, partes peti non posse. Ita autem solidum peti potest, ut sæpe etiam possint peti partes: quod & admiserim in hac specie individuæ stipulationis: hominem dabis? quod ipse Treut. non obscure tradit lit. D. Ait porrò Treut. solvi partes posse, sed tantum volenti: quibus verbis implicatur quæstio, an particularem solutionem invitus creditor admittere teneatur: de quo agitur *inf. disp.* 29. *th* 2. *lit. B. & actum supra part.* 1. *disput.* 20. *th.* 11. *lit. A.* Addit Treut. posse tantum solvi partes ex stipulatione dividua. Quod ambiguum est; nam & in una specie stipulationis individuæ, veluti hominis in genere, potest solvi pars, sed ita tamen, ut in pendenti sit liberatio: ideoque Treut. intelligit ita posse solvi partem, ut etiam protinus pro parte liberatio nascatur: quamvis & tentari possit, si quis ultro acceptavit partem, & ea solutione contentum se professus sit, alteram partem in alio homine solvi posse, sed videamus lit. B.

LIT. B.

Unum membrum huius thes. est de ipso promissore: alterum de eius hæredibus, quod magnam partem ex præmissis explicari potest. Proponit autem regulam Treut. quòd ex persona hæ-

redum non mutetur conditio obligationis quam habuit in persona defuncti. Quæ absolutè & simpliciter vera non est, quoniam constat, obligationem in personis hæredum pro portionibus hæreditariis dividi ex l. 12. tabb. idque non tantum in obligationibus dividuis, sed etiam individuis: quæ licet hoc proprium habeant, ut ex unius facto in solidum stipulatio committatur, nihilominus actio in singulos cohæredes, ubi ad pœnam vel interesse agitur pro portionibus hæreditariis dividenda est. Cæteroquin quoad alia in suo statu obligatio manet: veluti si tale quid sit in obligatione, ad quod pro parte actio non sit, & videlicet servitus *l. 17. d. servit.* ita stipulatio hominis in genere hanc in hæredibus retinet qualitatem, ut nec uno ex iis solvente, pro parte obligatio nascatur *l. 2. §. 2. hoc titul.* Et apparet igitur in speciebus præmissis mutari aliquatenus & secundum quid conditionem obligationis, propter L. 12. tabb. quæ in hæredes quatenus fieri potest obligationes dividit pro iis partibus, pro quibus defunctum repræsentant. Cui non obstat, quod etiam de iis stipulationibus individuis, ex quibus ad pœnam pecuniariam vel interesse agitur, dicitur, hæredes in solidum teneri: quoniam hoc intelligitur de omnibus hæredibus simul, & hoc præcipuè respectu, quod ex unius facto reliqui omnes, sed quisque pro portione hæreditaria convenitur.

LIT. C.

Cum lit. B. dixisset ex persona hæredum non mutari conditionem obligationis, subiicit hac lit. in th. ***licet in dividuis singuli pro partibus hæreditariis teneantur.*** Quibus verbis hanc limitationem innuere videtur, quam lit. præced. attigimus de divisione obligationum in hæredes ex L. 12. tabb. & tamen ex prædictis apparet, quod etiam in individuis suo modo hæredes teneantur pro portionibus hæreditariis. Modum divisionis videtur Tr. exprimere voluisse in exegesi his verbis, ita ut species partibus corporum, genera numero dividantur. Sed ista verba non videntur carere vitio, & non levi laborare ambiguitate. Etenim in textibus quos adducit Tr. de singulari quæstione & dividendi ratione tractatur: nimirum quæ sit ratio præstationis & solutionis in persona hæredum, si vel species vel genera promissa proponantur. Et quidem verba speciei & generis, & generis præsertim, ambigua sunt,

utro-

est notatum supra *part.1. disputat.30.thes.4.lit.*C.hic autem species promissæ dicuntur, si res aliquæ sub nomine proprio, veluti Stichus, Pamphilius &c. fuerint promissæ: genera autem si plures res sub nomine communi & appellativo in obligationem fuerint deductæ, veluti duo, quatuor, decem homines. Circa hanc quæstionem versantur *l. in stipulationibus* 54. *l. si centum* 117. *h. tit.* & docent illo casu, speciebus promissis, singulis hæredibus singulas partes Stichi vel Pamphili deberi: hoc autem, promissis generibus singulis hæredibus non partes in singulis hominibus, sed singulos homines integros dandos esse. Ex quibus apparet, offendere Tr. 1. quod ita proponit, perinde ac si totum genus & omnes species rerum dividuarum exhausisset: cum tamen principalem speciem omiserit promissæ quantitatis, in qua maximè apparet divisio pro partibus hæreditariis. Et hinc 2. quia imò species hæc proposita simpliciter ad obligationes dividuas rectè referri non videtur, quin potius sub eam classem pertinere, quam th.præced. lege & conditione stipulationis partium præstationem recipere negavit: videl. per se, quia ex citatis ante textibus apparet, eas recipere divisionem ex accidenti, propter plures hæredes stipulatoris. Et hinc 3. cum Tr. hactenus individuitatem ferè tantum consideraverit in promissore & eius hæredibus, ista tractatio pertinet ad hæredes stipulatoris. Neque enim, ut hoc obiter addamus, eadem ubique ratio est hæredum stipulatoris & promissoris: ut manifestum fit exemplo stipulationum individuarum super factis quibusdam, sive quæratur de eo quod interest in specie, sive de pœna subjecta. Nam 1. V. C. in stipulatione, *per te non fieri, &c.* si unus ex hæredibus promissoris contra faciat, contra omnes committitur stipulatio: sed unus ex stipulatoris hæredibus prohibitus, solus actionem habet *l.3.§.1. h. tit.* ubi redditur ratio, quoniam cæterorum cohæredum nihil intersit. 2. si subjecta pœnali stipulatione unus ex hæredibus stipulatoris prohibitus sit, ipso quidem jure cæteri experiri possunt, sed quia eorum non interest per exceptionem removentur *l. 2. §. ultim. h. tit.* Cui obiici solet *l* 38. *§. alteri.* 17. *vers. plane h. tit.* ubi dicitur subjecta pœnali stipulatione, non curari an intersit nec ne, sed tantum attendi qualitatem stipulationis. Respondet *Cuiac. in l. 2. §. item si in facto h. t.* quod d. §. 17. ita procedat, si nemo sit cujus intersit, qui possit agere, & cũ adeo hic inter-

ſit eius qui prohibitus eſt, cæteros exceptione repelli. Quæ reſponſio videri poſſit inſufficiens: quoniam ſi in ſolidum non tantum pro parte prohibiti commiſſa ſtipulatio eſt, *d. l. 2. § ult. h. tit.* & juxta *d. l. 38. §. 17.* non attenditur an interſit, nihil proponi videtur, quo minus cæteri cohęredes cũ effectu agere poſſint, in quos videlicet ſtipulationem in ſolidum commiſſam, ex ratione juris pro partibus, vel potius jus ex ea agendi tranſire & diffundi oporteat. Sed tamen occurrit hic differentiæ ratio: quoniam aut ſingulis hæredibus ſtipulatoris damus actionem in ſolidum, aut tantum ei qui prohibitus eſt, in ſolidum, aut ſingulis pro parte. Primum conjunctum eſſet cum manifeſta injuria hæredum promiſſoris, & offenderet rationẽ juris in hac ſpecie, ubi ad rem diviſibilem agitur; poſtremum iniquam videtur conditionem inferre hæredi ſtipulatoris qui ſolus prohibitus fuit, ſi pari jure cum cæteris qui prohibiti non ſunt, uti teneretur: adeoque videtur relinqui intermedium. Cæterum *Bart. in l. 2. §. ſi in facto* poſt relatas aliorum reſponſiones, ita diſtinguit, quod aut offenditur directò cui eſt promiſſum, & non inſpicimus an interſit, ſive ſit ipſe *principalis* & primus contrahens, ſive qui eius perſonam repræſentat: *aut offenditur* alius, qui perſonam quidem repræſentat ſtipul*atoris, ſed* tantum pro parte, adeoque extra illam partem eſt *extraneus*: & hic ſi ipſe offenſus non ſit, cum effectu agere non poteſt, quia non in ſolidum ſed pro parte tantum offenſio facta eſſe intelligitur. Quibus addendum puto, quod pœna in locum eius quod intereſt ſubrogetur argum. *§. ultim. Inſtit. h. t.* & quod dicitur *in d. l. 38. §. alteri 17. D. eod.* non curari an inter ſit nec ne, non eo pertinere exiſtimo, quaſi plane eo caſu nihil interſit: ſed, quoniam ſemper ut juxta ſtipulationem fiat, intereſſe præſumitur, quod propter hanc præſumtionem, non neceſſe ſit probari intereſſe, ſed juxta qualitatem ſtipulationis pœna adjudicetur: cæterum fortaſſis aliud tentari poſſit, ſi liquidò conſtet nihil intereſſe: quod *& Don. in l. 2. §. ult. h. t. in f.* probare videtur. Atquin in ſpecie quam tractamus, conſtat illius qui prohibitus non eſt, nihil intereſſe, quippe contra quem nihil eſt admiſſum: quod tamen neceſſum eſt, ſi ſtipulatio pœnalis cum effectu debeat committi. Porrò tribus paulò ante propoſitis caſibus addendus eſt quartus, vel quartum membrum potius; quod ei ſoli qui prohibitus eſt, & quidem pro portione

tan

tantum hæreditaria actio detur. Et quidem si adjecta non est pœna, cum negetur in solidum commissa stipulatio *l.* 2. §. *ult.& l.* 3. *h. t.* fieri non possit ut in solidum actio detur: cum & aliàs obligatione hæreditaria in hæredes plures ex L. XII. tabb. divisa, fieri non possit, ut obligatio ad interesse in solidum committatur, ubi unius tantum hæredis, non cæterorum interesse dicitur: neq; adeò unus in solidum experiri possit. Eadem in effectu ratio est, si pœna subjecta fuerit: neque enim quod cæteri removentur exceptione, id prohibito prodesse debet: & in eum effectum in solidum cōmissa dicitur stipulatio, quod sicut promissoris hæredes omnes, sed quisque pro portione hæreditaria tenetur, ita stipulatoris hæredibus singulis summo jure pro portionibus actio acquiratur: sed quæ propria ratione excludatur per exceptionem. Verum, ut unde digressi sumus, ad Treut. revertamur, quod ex *l.* 54 *& l.* 117. de divisione specierum aut generum per partes vel numerum proponit, nihil magnopere ad explicandam istam materiam pertinere videtur: & probabile est quæsivisse Tr. occasionem hanc quæstionem inserendi, in qua nec ipsis J.Ctis satis convenisse videtur, ut ostendemus *infr disp.29.th.3.lit. D.inf.* ubi Tr. eandem quæstionem iterum tractat.

Lit. D.

Ait Treut. in individuis singulos hæredes teneri in solidum: quod mox limitat in exegesi, si ratione rei stipulatæ sit individua stipulatio. Atquin th. præced. divisionem hanc stipulātionum in dividuas & individuas, ab objecto desumi dixerat, secundum quod ubicunq; stipulatio est individua, rem quoq; stipulatam, sive promissam, individuam esse oportebit. Sed nimirum apparet quod Tr. respexerit ad duas species individuæ stipulationis, quas constituit th. præced. quod scil. res non recipiant partis præstationem natura sua, vel non recipiant lege & conditione stipulationis. Illius exemplum est in promissa servitute, quam Tr. in specie individuam stipulationem ratione rei stipulatæ, & hoc casu singulos hæredes in solidum teneri affirmat. Sed videri possit adhibenda hic esse distinctio: quoniam aut stipulatio circa servitutem subsistit in terminis simplicis promissionis: & defuncto promissore si agatur ad constituendam servitutem, quoniam res nullo modo recipit divisionem, singuli hæredes in solidum conveniuntur *l. via.*

17.*d.ſcrrit.* ubi idem eſſe dicitur in hæredibus ſtipulatoris, quod ſinguli in ſolidum quoque experiantur: ut tamen quod unus ex promiſſoris hæredibus præſtitit, judicio familiæ erciſcundæ, pro rata conſequatur *l. 2. §. 2. verſ. & ideò h. t.* Quod ſi jam conſtituta ſervitus ſit, & quis ſibi ea uti, veluti ire agere licere ſtipulatus ſit, individua quidem eſt ſtipulatio, quæ uno hæredum promiſſoris impediente in ſolidum committitur, ſed ut ſinguli ratione ejus quod intereſt, pro hæreditariis portionibus conveniantur. Hujus exemplum eſt in homine in genere promiſſo: de quo loquitur Tr. his verbis: *ſin ratione conditionis obligationis, pro parte tenentur, ſed ſolvi non niſi totum poteſt.* Et poſterius hoc deciſum eſt *in l. 2. §. 2. h. tit.* quod unus hæres ſolvendo partem, obligationem pro parte non tollat, ſed ut ſæpius dictum, liberatio ſit in pendenti, dum ejusdem hominis pars altera ſolvatur. Prius autem, quod pro parte tantum ſinguli hæredes teneantur, non video ſatis probari: neque quod *in l. 2. §. 3.* pro parte actum fuiſſe apparet, inde in ſolidum agi non poſſe, rectè infertur. Et cum niſi toto exſoluto non contingat liberatio, videatur etiam à ſingulis ſolidum rectè peti, & ex adverſo non videatur rectè peti pars, cujus præſtatione liberatio pro parte contingere nequeat.

Niſi pacto tranſactione.] Limitatio hæc eſt ejus quod dixerat, non niſi totum ſolvi poſſe: & eſt non magna dubitandi ratio, quia cum altera pars tantum maneat in obligatione, rectè etiam præſtari poterit: & juxta tradita th. præced. ceſſat hic incommodum propter quod non admittitur ſolutio partis, ne in diverſis hominibus ſolutio fiat: quoniam per pactum, transactionem, acceptilationem obligatio pro parte ſublata eſt. Et diximus ibid. ex *l. 2. §. ſi tamen h. t.* idem obtinere, ſi unus ex promiſſoris hæredibus cum quo ſtipulator expertus eſt, pro parte fuerit abſolutus: quam ſententiam Tr. hic *in verſ. non etiam*, probat, ita ut ad hunc caſum abſoluti hæredis *d. §. 3.* reſtringat, & deciſionem illius locum habere neget, ubi hæres ad partis præſtationem judicio fuit condemnatus. Et ſane ubi ſtipulator judicatum fecit unum ex hęredibus promiſſoris, non debet exinde conditio obligationis fieri deterior, ut ab altero hęrede partem in alio homine accipere cogatur: idq; maximè ſi ſtatuamus cum Tr. unum ex hæredibus non niſi pro parte conveniri poſſe, cum nihil ſit quod imputari ſtipulatori queat.

Et

Et licet *d. l. 2. §. 3*, indefinitè loquatur, *si cum uno ex promissoris hæredibus egero*. nihil tamen absurdi fit, si de casu rei absoluti explicetur: vel quia hoc ratio suadet vel argumento exempli ibidem propositi de acceptilatione partis, quæ rectè absolutioni non autem condemnationi comparatur: vel quia JCtus dicit partem superesse in obligatione, quod falso diceretur, si altera adhuc pars actione judicati deberetur. Sed secus statuendum videri possit, si solidum à singulis hæredibus peti posse statuamus: quod verius quis fortassis existimaverit: quandoquidem hæc quasi mutuo sese evertere videntur, non posse solvi nisi totum, & tamen singulos tantum teneri pro parte, quia rationis esse videtur, ut quod quis tantum debet, id rectè etiam solvatur. Hoc posito, in solidum agi posse, non absurde, cum *Donell. d. l. 2. §. 3.* de hęrede etiam condemnato accipiatur: quoniam habet stipulator, quod sibi imputet, quod facto proprio mutaverit conditionē obligationis, & ita quasi tacitè admiserit solutionem partiū in diversis hominibus: quoniam, ut Donell. disputat, omnibus hęredibus simul judiciū poterat dictare. Neque rationis videtur ut unus hęres conventus, juxta sentētiam partem solvendo liberari non possit: quo admisso per quandam consequētiam mutata conditio obligationis erit. Sed tamen verius fortassis est quod hic ait Tr. pro parte tantum hęredes teneri: vel quia hoc irregulare est, ut singuli in solidum teneantur: vel quia juxta *l. 2. §. 1. h. t.* obligatio sive ejus objectum natura recipit partium præstationem: vel quia *d. l. 2. §. 3.* JCtus simpliciter proponit cum uno ex promissoris hæredibus actum esse, & partem reliquam in obligatione superesse, adeoq; pro parte actū fuisse, procul dubio juxta rationē juris, præsupponit: & ex accidenti fit, & propter specialem jam aliquoties dictam rationem, ne solutione partis, pro parte obligatio tollatur.

Lit. E.

Aliud tamen, inquit Tr. in thesi, obtinet in facti stipulatione: idq; in exegesi explicat his verbis: *ex hac enim si dividua sit, unus contra faciens pro portione sua tenetur: sin individua, omnes tenentur pro portionibus hæreditariis.* Quæ limitatio si proximè præmissis applicetur, inepta erit: quoniam quæ proximè antecedunt, pertinent ad stipulationem individuam, prima autem pars exceptionis est de obligatione dividua. Sed fortassis Tr. hanc limitationem de obli-

gationibus facti, voluit esse generalem ad utrumque membrum præmissum de dividuis & individuis stipulationibus. Sed nec hæc defensio videtur satis patrocinari Tr. Et 1. ambiguè dicitur factum dividuum, quatenus scilicet pro parte contra promissionem peccari potest, veluti in stipulatione amplius non agi, ratum haberi. 2. non videtur hoc pro limitatione haberi posse ad stipulationes dividuas dandi in quibus hæredum quisque multo magis pro portione sua tantum tenetur. 3. nimis generaliter in altero mempro facti individui, Tr. affirmat, singulos pro partibus hæreditariis teneri: vel quia juxta Cujac. sententiam, quam tamen supra imbrobavimus ex stipulationibus eorum factorum, quæ recenset Tr. th. præced. in f. singuli hæredes in solidum tenentur: vel quia ipse Tr. lit. præced. ita tradit singulos hæredes teneri in solidum, si ratione rei stipulatæ individua sit stipulatio, cuius generis facta esse videntur: ideoque non possis istud Tr. de obligationibus dandi explicare: cum præsertim promissio servitutis suo quodam modo factum in se contineat, & Tr. th. præced. omnes dandi obligationes dividuas esse dicat. 4. addendum hic erat, quod stipulatio facti individui etiam ex unius hæredis facto in solidum committatur, sed, ut jam sæpe dictum, actio in hæredes in persequutione pœnæ vel eius quod interest pro hæreditariis portionibus dividatur: atque ita explicanda erat homonymiæ, quam Tr. lit. C. & E. per speciem quandam contradictionis proponit, dum & de dividuis & individuis dicit singulos pro partibus hæreditariis teneri: nimirum quod in illis factum unius alteri non noceat, & quod addendum fuit, pro parte tantum committatur stipulatio, & omninò pro parte nascatur liberatio: in his autem stipulatio unius quoque facto in solidum committatur, sed actio & executio vel solutio dividatur.

Pergit Tr. quod teneantur pro partibus hæreditariis ei soli cujus interest. Quibus verbis hoc innuere videtur, quod paulò ante diximus, ex pluribus hæredibus stipulatoris, eum tantum, qui V. C. prohibitus est, agere posse, cæteros quorum non interest, non posse. Adiicit denique, *pœna etiam non promissa.* Ubi legendum existimo, *pœna etiam promissa*: quoniam & textus & autores citati arguunt, hoc dicere velle Tr. quod paulò ante tractavimus: utcunque pœnalis stipulatio subjecta, & ea uno tantum prohibi

hibito in ſolidum commiſſa ſit, eum tamen ſolum cum effectu agere poſſe, cæteros exceptione repelli. Eſt enim utiq; hęc quædam ampliatio, quod huic ſoli actio detur qui prohibitus eſt, utcunque pœnalis ſtipulatio fuerit adiecta. Sed illud adhuc ſcrupulum movet, quod Tr. omnes hæredes pro rata ei qui prohibitus eſt teneri dicit: quandoquidem paulo ante diximus ex *l. 2. §. ult.* quod qui prohibitus eſt, videlicet unus ex hęredibus ſtipulatoris, non poteſt agere in ſolidum, ſed tantum pro parte ex qua hæres eſt. Dicam fortaſſis, quod agat pro portione ſua hæreditaria, ut nihilominus tamen contra omnes hæredes promiſſoris actio dividatur: quod aliàs iniqua ipſi inferretur conditio, ſi forte ille unum tantum habeat cohæredem, promiſſor autem reliquerit plures. Unde exiſtimare licet, ſiquidem ſtipulatoris hæres tantum pro ſua portione agit, illud quod non ſemel dicitur, ſtipulationem contra hæredes promiſſoris in ſolidum committi, tunc vel maximè locum ſibi vindicare, ubi inter hæredes & ipſum ſtipulatorem negotium vertitur. Sed ſatis hac de re pro inſtituto noſtro, & precam ut veniam, ſicubi in hac intricata materia, de qua cum Tr. aliquid dicendum nobis fuit, offendiſſe, aut minus accuratè egiſſe videbimur.

THESIS VI.

LIT. A. & B.

Tractatio hęc omnibus obligationibus communis eſt, rectè tamen hic pręcipuè examinatur, quoniam ſtipulatio omnibus obligationibus adiicitur, iisque ſubſervit. Et nimirum ſtipulatio eſt vel pura, vel ſub die & conditione, quaſi modificata. Ex pura ſtatim & ceſsit dies id eſt obligatio nata eſt: & venit, id eſt ſtatim peti poteſt *l. cedere diem. 213. d. V. S.* idque eſt quod ait Tr. ſtatim agi poſſe & ſine ullo laxamento: quod benè firmatur ex *l. liber homo 118. §. 1. h. t.* ubi in terminis fortioribus ſtatim agi poſſe dicitur, ſi quis hodie ſibi dari fuerit ſtipulatus: adiecta ratione, quod dies non adiiciatur differendæ actionis cauſa, ſed ut oſtendatur, ſtatim peti poſſe. Etſi igitur ſtatim & eo ipſo die agi poteſt, utiq; non apparet laxamentum aut interſtitium, quo elapſo demum actionem liceat movere: quę vera & mera ratio juris eſt, ex qua obligatione pura, nec impedita, poſitâ, actionem poni neceſſe eſt. Neq;

obstant hic textus *in l. 21. §. 1. d. constit. pecun. l. quod dicimus 105. d. solut. §. ultim. Instit. d. inutil. stipulat.* qui pertinent ad solutionem eius quod debetur & obligationis executionem, cui meritò aliquod spacium est indulgendum. Et hac in re non obscurè labi videtur Tr. tum allegat Dd. pro diss. qui modicum tempus debitori arbitrio judicis definiendum concedi volunt: quoniam ut ex *Schneidewino in §. 2. Institut. d. V. O.* & aliis ab ipso Treut. citatis autoribus apparet, non loquuntur illi de jure agendi quod statim competere fatentur, neque tempus hoc largiuntur, ut actio nascatur, sed pro expedienda & facienda solutione. Quam sententiam verissimam esse non dubito, insuper argumento *l. 21. d. iudic.* ubi debitori parato solvere & fatenti se debere, tempus ad solvendum datur. Et habet istud manifestam rationem, ut quod reo neganti & post condemnato conceditur, non denegetur reo fatenti, qui pro condemnato est *l. post rem § 6. d. re iud* cum etiam hic actor tempus lucretur, quod reus negando debitum eum moratus non est. Quamvis autem *d l. 21. d. iudic.* illud tempus definiat, quod judicatis datur, tamen cum tempus istud non amplius sit 30. dierum, quod olim fuisse dictum est *disp 23. th 6. lit. C.* sed hodie quatuor mensium sit, rectè etiam statuemus, tempus quod ad solvendum datur hodieque esse arbitrarium: cum præsertim qui purè quid promittit, hoc ipso satis ad solutionem protinus faciendam sese obstringere videatur: ut tamen non sit ferendus creditor, qui nullam prorsus velit admittere dilationem, sed statim cum sacco veniat paratus, ut est *in d. l. 105. de solut.*

Non dubito etiam errare Tr. dum lit. B. in terminis stipulationis puræ quæ statim obligationem & actionem parit, exceptiones proponit *ex l. interdum 73. & ex l. continuus 137. §. 2. h. t.* in quibus stipulationibus diem inesse tacitum ipsi textus ostendunt, eoque respectu quod dies non expressus est, & intuitu formæ externæ, stipulatio *in d. l. 73.* pura appellatur. Possit autem scrupulum movere *§. ultim. Instit. d. inutil. stipul.* ubi dicitur eum qui fundum vel hominem dari stipulatus est, non posse continuo agere &c. Sed respondeo 1. spatium ibi à Justin. definitũ intra quod tratraditio fieri possit, tantum videri imò esse momentaneũ, propter quod actionem differri revera dici non potest, neq; id dicit Justin. imò contrarium dicit JCtus, quod eiusmodi rei qualitas non moretur actionem *d. l. 137. §. illud 4. & ibid. in vers. generaliter*, quad cau-

ſa difficultatis præſtandi ad impedimentum ſtipulatoris non pertineat, veluti ſi forte reus pecuniam quam promiſit expedire non poſſit. Deinde *in d. §. ultim. Inſtit. de inutil ſtip.* non ſunt captanda verba Juſtin. quaſi actio ſtatim nata non ſit, ſed referenda ad effectum ſolutionis, ut dilatio aliqua indulgeater debitori: nam & aliàs non ſatis accuratum eſt quod ibidem dicitur, *non poſſe continuo agi, niſi tantum ſpatium prætcrierit &c.* Plane ſi res promiſſa in alio loco ſit, videtur ineſſe tacite dies *argumen. dict. l. 138. §. quarto, hoc titulo.* ad quem caſum Donell. *in l. 41. §. 1. h. t. numer. 32. d. §. ult.* non rectè reſtringere videtur. Et igitur ubi revera & ſimpliciter ſtipulatio pura eſt, ſtatim & protinus obligationem & actionem natam eſſe ſtatuemus, ut tamen reo petenti terminus concedatur ex arbitrio judicis. Neque enim exiſtimo, certum terminum definiendum eſſe, eoque rectè à Treut. improbari qui decem dies definiunt. Etenim ſpeciale videtur eſſe in conſtituto, de quo agitur *in l 21. d. conſtitut pecun.* quoniam ut ex Cuiac. Treut. refert, conſtitutum omne fit ad diem, idque ipſum conſtituendi verbum ſignificat: quod Donell. itidem à Treut. citatus, *in d. l. 41. §. 1. h. tit. numer. 33* ita improbat, ut dicat poſſe utique purè etiam conſtitui ad inſtar aliarum obligationum, neque, quod etiam purè conſtituenti terminus detur, poteſtati verbi illius, ſed edicto prætoris qui mitiſſimè cum conſtituente agere voluerit, adſcribendum eſſe: quamvis facilè pro Cuiac. dici poſſit, quod prætor hac ipſa in re naturam verbi fuerit ſubſequutus. Sed & valde probabile eſt, quod prolixè confirmare conatur *Anton. Fabr. 15. conject. 4. verba d. l. 21.* de exactione ex conſtituto intra decem dies demum facienda, à Tribon. eſſe adjecta; ubi etiam prolixè oſtendere nititur, nullum conſtitutum eſſe purum, ſed neceſſariam eſſe adjectionem diei, & quod in conſtitutum & actionem ex eo non tam veniat res ipſa, quæ ex principali obligatione petatur, quam potius quanti intereſt creditoris priori obligationi non eſſe ſatisfactum. Sed hæc parerga ſunt.

LIT. C.

Tractat hic Tr. de obligatione quæ habet diẽ. Et ut generalius agamus, dies adiicitur obligationi vel per modũ termini ad quẽ, veluti usq; ad decenniũ dabis: vel per modum termini à quo *l. 44. §. 1. d. O. & A.* Ille caſus huc nõ pertinet, quia obligatio pura eſt, quæ

tempore quidem non finitur, sed tamen post tempus agens exceptione repellitur *d.l. 44. §. 1. d. O. & A. §. at si ita 3. Instit. h.t.* Posterior casus huc pertinet, & circa eum præmittendum, quod dies vel sit certus vel incertus: & hic vel simpliciter, ***an & quando sit extiturus***, cuius exempla *in l. 21. quand. dies leg. ced.* vel tantum, ***an sit extiturus***, veluti cum erit annorum quatuordecim: vel tantum, ***quando sit extiturus***, veluti cum obligatio in tempus mortis confertur, de quo pluribus actum supra *disp. 13. th. 6. lit.* E. Præmittendum item, quod dies certus vel est expressus, veluti post annum dabis: vel tacitus, qui inest promissioni vel propter adiectionem loci *§. loca 5. Inst. h.t.* vel propter qualitatem rei promissæ, veluti si factum, partus aut fructus nasciturі sint in obligatione *l. interdum 73. in princip. l. 137. §. 2. & 3. h.t.* Porrò in obligatione in diem ita jus est, ut statim debeatur § *omnis 2. Instit. h. t.* quoniam cessit dies *l. 213. d.V.S.* sed antequam dies venerit peti non possit, ut ait Justin. *in d. §. 2.* Ubi contraversia incidit non levis, de explicatione horum verborum, ***peti non posse***: an videlicet significent, prorsus nondum esse actionem, an vero ita explicanda sint, quod actio quidem ipso jure nata sit, sed quæ effectu nondum moveri possit, & si moveatur, exceptione temporis & plus petitionis excludatur. In hac quæstione, quam olim inter ultramontanos & citramontanos agitatam fuisse, apparet ex *Cyn. Salic. & aliis in l. un. C. ut actiones ab hæred. in ip.* magis mihi probatur pars posterior, quam prolixè *d. loc.* Salicet. tuetur. Etenim causa proxima actionis posita, videlicet obligatione, actionem quoque poni necessum est. Deinde qui ante diem agit, dicitur agere præmaturè. *l. 118. §. 1. h.t.* & male agere *l. un. §. ultim. quand. dies usufr. legat. ced.* quod si actio nata non esset, non male aut præmaturè, sed nulliter agere quis diceretur *argum. d. §. ultim.* eoque pertinet, quod ut ex *Cicer. lib. 1. d. Orat.* apparet, olim qui dubitabant an dies venisset, ad evitandum periculum plus petitionis, actioni hanc clausulam addi curabant, cuius pecuniæ dies venisset. Facit 3. quoniam ante diem qui differt actionem dotis, tamen actio dotis esse dicitur *l. 1. in princ. d. dot. præleg. l. un. §. cum autem. 7. C. d. rei uxor. act.* 4. quod aliàs inter obligationem sub die & sub conditione, nulla re ipsa futura esset differentia contra *l. 213. d. V. S. & § 2. Instit. h. t.* ubi Justin. ait statim deberi quod in diem stipulati sumus. 5. quod *in §. temporales. 10. Instit. d.*

stit. d. except. ante diem agenti obstare dicitur exceptio, quæ præsupponit actionem. 7. Quæ ratio est obligationis, cui cum initio pura esset, postea dies adiectus fuit, eadem est obligationis, quæ ab initio habuit diem *argum. d. §. 10.* ubi semel & iterum hi duo casus inter se comparantur. Illo autem revera nata est actio: ergo & hoc. Accedit denique, quod sicut dies adjectus tanquam terminus ad quem, non perimit ipso jure actionem semel natam, sed per exceptionem ut elidatur efficit: ita & hic qui adiicitur per modum termini à quo, non impedit ipso jure nasci actionem, sed ut intentata excludatur efficit. Sed ex adverso multa afferuntur à Cyn. *in d. l. un. C. ut action. ab hered.* ex quibus hæc præcipua sunt 1. à definitione actionis, quod nondum competat jus persequendi in judicio. Respondeo hoc esse falsum, & imò jus agendi natum propter tempus adjectum differri. 2. objiciuntur textus varii, quibus ante diem non esse actionem, ostendi videtur, veluti *l. certi 9 in f. pr. d. reb. cred.* ibi, *ante diem non potero agere l. quoties 24. d. oper. libert.* ibi, *operepeti non possunt*, quia re ipsa inest obligationi tractus temporis, *l. existimo §. 1. h. t.* ibi *non rectè agetur si non præterieri tantum temporis l. liber homo 118. §. 1 h. t* ibi *peti non debet quod intra tempus comprehensum solvi potest l. 7. § si in diem 14. quib. ex caus. in possess.* ubi debitor ante diem conveniri posse nogatur. Sed una hic parata est responsio, quod negetur dari actio ratione effectus, quoniam condemnatio sequi non potest: quo sensu non oblata pecunia ab emtore vel debitore, negantur esse & competere actiones ex emto & pignoratitia, quæ ipso jure natæ exceptione eliduntur *l. 13. § offerri. 8 d. act. emt l. 9. §. 3 d. pignorat. act.* & textus *in l. 98. & 118.* contra istam opinionem retorquentur, in quibus non rectè agi & non peti debere responsum est: & satis apparet ex tractatione JCtorum *in l. 7. § 14. quib. ex caus. in possess. l. 24. d. oper. libert.* quod intelligant præsenti die non esse exactionem. 3. objicitur *l. interdum 73. in pr. h. t.* in qua proponitur stipulationem ex re ipsa capere dilationem, & tamen subjicitur, *tunc incipere actionem &c.* quam particulam *tunc* ibid. Bart. & Zas. urgent: quin quod etiam dies cesserit negari videtur in f. pr. ibi *nec ante dies earum cedit.* Resp. vel aliud esse in die tacito quam in expresso, vel non esse captandam particulam *tunc*, vel potius, (ut rectè, ibi observavit Zas. & ipsa stipulationum ibi propositarum qualitas ostendit, &

extor-

extorquet necessitas, ne aliàs contra principia juris diem cessisse negemus,) quod exemplorum omnium *in d.l.73.* relatorum, non sit una & eadem ratio: etenim in eo quidem conveniunt omnia, quod habent dilationem, sed minimè eandem: verum in aliis est dilatio ex die, in aliis ex conditione, in aliis ex utraque. Promissio operarum quam libertus patrono fecit, habet in se tacitam conditionem, si fuerint indictæ: & ad hanc adeò stipulationem tantum pertinet quod JCtus ibi diem cessisse negat: quod aliàs in obligatione in diem contra esse constat. Promissio de solutione alio loco facienda diem tantum tacitum in se habet, intra quem scilicet ad eum locum perveniri possit *d.l.73. vers. sic qui § loca 5. Inst. h.t.* Denique promissio fructuum nasciturorum, habet in se diem & conditionem, quoniam fieri potest ut non nascantur, adeoque fructus futuri, & *cum nascentur*, & *si nascentur*, promitti intelliguntur: tum autem ipso jure actionem natam tempore differri dicimus, ubi obligationi non nisi dies inest. Quid autem intersit, an ipso jure non competat actio, an quæ competit, per exceptionem elidatur, dicemus infra *disp.29.th 1. lit. B.* Et ex his apparet errare Tr. hic, dum affirmat ipso jure & potestate stipulationis denegari actionem: quamvis hæc phrasis, *denegare actionem*, ambigua sit, & non uno loco significet, actionem ipso jure competentem à prætore negari: sed quæ sit sententia Tr. apparet tum ex eo, quod illos improbat, qui actionem ipso jure, sed non effectu competentem, per exceptionem excludi statuunt: tum ex allegato Donello, qui *in l.41.n.41.h.t.* hoc ipsum, quod actio nata non sit, sed jejunè satis & breviter defendit.

LIT. D. & E.

Sub his literis de conditione tractatur: & ut paulò generalius agamus, docendi causa conditio distingui potest, quod alia sit secundum dici, alia secundum esse. Illa est quæ tantum quoad externam formam & conceptionem verborum conditio est, cujus porrò duæ possunt statui species: altera quæ concipitur in tempus præsens vel præteritum, & hoc casu prout res se habet, ita statim vel pura vel nulla est obligatio, quoniam rei veritas, non ignorantia nostra in considerationem venit §. *conditiones 6. Inst. h.t. l.36. d. reb. credit.* altera species dicitur, quæ ad alterutrum tantum, fieri vel non fieri, existere vel non existere, est determinata, eoque vel

statim

ſtatim præcidit ſpem obligationis naſcituræ vel obligationem ſtatim, ſive purè ſive ſub die ponit. Hoc autem contingit tum propter qualitatem obiecti, quod in ſtipulationem deductum eſt, tum propter formam conditionis negativè conceptæ, tum propter utrumque. Primi membri exemplum eſt, ſi quid impoſſibile ſub affirmatione promiſſum ſit, ſive impoſſibile de facto, ſive jure, id eſt aliquid turpe argum. *l.* 15. *d. condit. inſtitut.* & hic ſtatim nulla eſt obligatio §. *ſi impoßibilis* 10. *&* §. *quod turpi* 23. *Inſtit. d. inutil. ſtipulat.* Poſterioris exemplum eſt in conditione impoſſibili negativè concepta, quo caſu ſtatim pura eſt ſtipulatio *d.* §. 10. Intermedii exempla ſunt in aliis conditionibus negativis, ſive pendeant à caſu, veluti *ſi navis ex Aſia non venerit*, quo caſu ſpes obligationis præciſa eſt: ſive ab alterutrius contrahentium arbitrio, veluti *ſi capitolium non aſcenderis*, quo caſu ſtatim non quidem purè, ſed ſub die incerto ponitur obligatio § *ſub conditione* 4. *Inſtit. h t.* ubi docet Juſtin. perinde hic eſſe, ac ſi quis cum moreretur dari ſibi fuerit ſtipulatus, quam ſtipulationem utilem eſſe conſtat §. *ita autem.* 14. *Inſtit. d. inutil ſtipul.* quæ tamen comparatio accipiende eſt ſe ſecundum quid, quoad effectum producendo obligationem, quoniam aliàs in illa ſpecie per contrarium factum, ſi ſtipulator capitolium aſcenderit, perimitur obligatio. Ex his conſequitur, eam demum conditionem habendam eſſe propriam, veram & ſecundum eſſe, quæ & in futurum concepta, & in utrumque, ut exiſtere vel deficere poſſit, eſt determinata, adeoque tempore contractus nec præcidere nec ponere obligationem poteſt, ſed in eventum differt eam & ſuſpendit, & ita facit, ut interim nec ceſſerit nec venerit dies, nec obligatio ſit nata §. *ſub conditione* 4. *Inſtit. h. t. l.* 213. *d. V. S.* cuiusmodi eſt omnis conditio poſſibilis affirmativè concepta, ſive ſit caſualis ſive poteſtativa ſive mixta. Atque ita licet hic obſervare tres gradus. In ſtipulatione pura ſtatim obligatio & cum effectu pleno nata eſt actio, & ceſſit & venit dies in ſtipulatione ſub diem obligatio & ipſo jure actio nata eſt, ſed quæ propter adiectum tempus differenda eſt, & ceſſit quidem, ſed non venit dies. In conditionali nec obligatio quidem nata eſt, & nec ceſſit nec venit dies, ſed tantum debitum iri ſpes eſt *d. l.* 4. *Inſtit. h. t.* cui non obſtat quod *in l. is cui* 42. *d. O. & A.* qui ſub conditione ſtipulatus eſt, creditor appellatur: quoniam non ita dicitur eo intuitu, quaſi

obligatio nata sit, sed quod ex ipso tempore contractæ stipulationis in eventum existentis conditionis, stipulatori jus quæsitum est, quod præmoriens ad hæredes tansmittit *d. §. 4. Instit. h t. & §. pen. Inst d. inutil. stipulat.* eoq; respectu distinguitur à legatario conditionali, cuius diversitatis ratio exposita est *th. 2. lit. D.* Cæterum Tr. hic de conditione vera & propria tractat, quoniam lit. E. existente demum ea obligationem nasci tradit, & ante nec cessisse nec venisse diem: qua in re haud scio an rectè reprehendatur à Tr. *Cujac. in l. 57. h. t.* quoniam non ait diem cessisse, sed, ut ipse etiam allegat Tr. *stipulationem cedere statim*, eo scil. respectu, quod ut jam diximus, ipso tempore contractus jus quæritur stipulatori, quod transit in hæredem, de quo effectu ibid. agit Cujac. adducto textu *in l. usufructus 26. d. stipulat. servor.* ubi stipulatio ex præsenti vires accipere dicitur, quoniam scil. tum capit statum, licet postea stipulator vel mortuus, vel in aliam conditionem deductus fuerit, ut notatum *th. 2 lit. A.* Neque movere debet, quod dicitur suspensa petitio: neque enim propterea rectè inferri potest obligationem non esse suspensam: vel quia de illo principaliter ibi non quæritur, vel quia casus suspensæ petitionis, opponitur casui, *quo plane* inutilis stipulatio est: & JCtus effectum rei respexit, quod *existente* cōditione simul & obligatio nascitur & actio. Porrò in hac phrasi, *cedere diem*, apparet verbum *cedere* in speciali quodam significatu usurpari, ut intelligamus diem quasi accessisse & adesse quo obligatio existit, & quo deberi incipit *l. 213 d. V. S.* licet aliàs verbum istud aliter usurpetur: ut pluribus ostendit *Gœdd. in d. l. 213. n. 1. 23.* ubi refutat Hottom. in lexico juris, contra responsum JCti *in d. l. 213.* disputantem: nam eo loco quem Tr. citat ex Hottom. *4. observat. 9.* non video reprehendi JCtum, sed ibi in specie & impropriè utitur verbo, *deberi*, pro eo quod præsenti die debetur & peti cum effectu potest.

Deniq; quod lit. D. traditur, stipulationem conditionalem comparari hic cum stipulatione quæ habet diem, explicatione & limitatione opus habet. Etenim verum hoc est in die prorsus incerto, an & quando sit extiturus, veluti *cum Titius consul fuerit, cum Titia in familia nupserit l. 21. in pr. quand. dies legat.* & amplius admitti potest idem esse in die incerto, an sit extiturus, veluti, *cum quis ad 20. annum pervenerit*, ut nec hic antea existere obligationem dicamus.

camus. Sed falsum est illud enuntiatum in die incerto, quando exiturus sit, veluti, cum moriar vel cum morieris: Hic enim stipulatio non habet conditionem sed potius diem, statim nascitur actio: eaque in re hactenus differentia est inter legatum & stipulationem, quod legatum ita, *cum morietur legatarius*, est in diem & in hæredem transmittitur *l. 2. quand. dies legat. ced.* sed ita legatum, *cum morietur hæres*, est conditionale nec transmittitur *d. l. 2. & l. 1. § 2. d. condit. & demonstrat.* ideoque forte non abs re est quod JCtus *in l. 75. d. condit. & demonstrat.* diem in certum in testamento facere conditionem: qnoniam hactenus aliud est in stipulatione, quæ sive, *cum moriar*, sive *cum morieris*, concepta, conditionalis non censetur.

LIT. F.

Vel ipsius hæredibus.] Scilicet hoc jam supra explicatum est, hanc esse differentiam inter legata & stipulationes, quod non ex illis, sed ex his transmittatur spes in hæredem, *thes. 2. lit. D.* ubi etiam ratio differentiæ proposita fuit. Et id tamen limitat Tr. ut procedat tantum in conditione casuali, non etiam in potestativa, veluti *si capitolium ascendero vel ascenderis:* quod perspicuam satis rationem habere videtur, quoniam nulla potest transmitti spes in hæredem, ubi conditio amplius existere non potest, quæ videlicet personæ iniuncta esse intelligitur *argum. l. 69. d. condit. & demonstr.* qua defuncta nulla spes implementi conditionis superesse potest: quoniam sc. conditio defecit, & in solum eventum exituræ conditionis, quæ V. C. mortuo stipulatore adhuc pendet, spes transmittitur. Pro qua sententia pugnat tum *d. l. 69. d. condit. & demonstrat.* tum *l. qui hæredi. 44. D. eod.* ubi dicitur, ea quæ sunt facti in alios non transire: & argumentum à contrario sensu *in l. si decem* 48. *h. t.* Neque obstat *l. veteris. 13, C. d. contrah. stipul.* quoniam ut rectè animadvertit Donell. ea non agit de conditionalibus stipulationibus, ubi conditio in alterius personam collata est, sed de stipulationibus faciendi, ubi quis aliquid se facturum promisit: quas stipulationes Justin. non vult extingui per mortem alterutrius, sed in & contra hæredes transire: licet non improbabiliter distinguat *Cuiac. in l. 57. h. t.* inter conditiones quæ sunt conceptæ in dando vel aliquod opus faciendo, veluti *si decem dedero, si domum ædificavero:* & inter conditiones, quæ sunt positæ in factis momentaneis, nec

ullum post se opus relinquentibus, veluti, *cum voluero, si capitolium ascendero*: quod scilicet in his sola persona facientis, in illos opus & res ipsa magis spectetur, eoque obligatio in & contra hæredes descendat. Porro nihil magnoperè ad hanc quæstionem pertinere videtur *l qui Roma 122 §. ageius 4 h.t.* in cuius specie non contra hæredem neq; hæredi, sed contra ipsum promissorem negatur actio, ex hoc fundamento, quod non extiterit conditio stipulationis: quod videlicet filius in gratiam & favorem patris, adeoq; si eo vivo constitisset, promisisse præsumatur, & ut Donell. ibi disputat, non potest amplius constare debere patrem, postquam hic mortuus est: quod quamvis nimis subtile videri possit, hoc tamen colore fulcitur, quod forte pater vivus exceptionibus aliquibus se defendere potuisset, quas ignorat hæres: qua de re & plenior illius loci explicatione vide Dd. ibid. & post eos *Donell. Cuiac. & Duar. & eundem in comment. sub tit. Scævola, Conan. lib. 6. comment. Alc. lib. 1. dispunct. 13.*

LIT. G.

Sub die & conditione simul.] Mixta hæc species est stipulationis sub die & conditione conceptæ: de qua quærit Tr. an existente conditione, ut agi possit, dies adhuc sit expectandus. Et distinguit duo membra: 1. si dies & conditio sint collata in personam promissoris. An autem, quomodo & quatenus stipulatio sive conditio eius in personam voluntatem & arbitrium alterius conferri possit, plenius agitur th. seq. interim ex cit. *Donell. in l. 17. h. t. num. 5.* notandum, dupliciter posse hic aliquid conferri in arbitrium promissoris 1. non an debeat, sed quatenus & quando debeat. 2. Cōferri posse non in arbitrium & voluntatem expressam, sed tectam & velatam, veluti, *si capitolium ascenderis.* Et ergo juxta hanc explicationem, si quis ita stipulatus fuerit, si capitolium ascenderis, calendis Maij dabis centum, si ascenderit ante Calendas, tamen ante calendas agi non poterit. Quæ sententia procul dubio vera est, quoniam cum utrumq; coniunctim adiectum sit, utrumq; etiam & extitisse & præteriisse debet: quæ ratio est *ICti in l. 8. h. tit.* quod tota obligatio & in diem & sub conditione collata sit, ut licet ad conditionem (id est quoad conditionem, quomodo legi vult *Hottom. 2. amicabil. respons. 22.* licet Cuiac. legendum putet, *ante diem 1. obser. 22. & in d. l. 8. h. t.*) committi videatur, dies tamen super-

superſit. Exiſtimo autem iſta à Treut. proponi ad conciliandos textus qui in ſpeciem pugnare videntur *in l.* 8. *&* 10. *h. t.* quoniam ad iſtum caſum quo in arbitrium promiſſoris collata conditio eſt, refert caſum *l.* 8. *h. t. ſi Calendis Stichum non dederis, decem dabis*: licet enim diverſa hæc ſit ſtipulatio, ab illa, *ſi capitolium aſcenderis decem dabis*, tamen ratio *ICti in d. l.* 8. generalis eſt. Atque hoc eſt primum membrum diſtinctionis Tr. Alterum eſt, ſi conditio collata ſit in arbitrium tertij: quem caſum his verbis decidit: *die & conditione collata in extraneo perſonam agi poteſt conditione exiſtente*: videlicet, quod ſubintelligendum eſt, & oppoſitio duorum caſuum infert, agi poteſt etiam antequam adveniat dies, idq; juxta textum à Tr. citatum *in l. hoc iure* 10. *h. t.* ex quo infertur, ſtatim ubi exploratum eſt, conditionem exiſtere non poſſe, rectè agi: cuius contrarium reſponſum videtur *in d. l.* 8. juxta quam licet Sticho mortuo conſtet conditionem extitiſſe, tamen ante diem agi non poteſt. Et rationem nimirum differentiæ inde à Tr. peti apparet, quod hic in promiſſoris, illic in tertii extranei perſonam conditio collata fuit. Cuius porrò rationem reddit *Donell. in l.* 8. *&* 10. *h. t.* quod ubi promiſſoris arbitrium adiectum eſt, & dies & conditio, eiusdem favori adiecta intelligatur, nec adeò poſſit agi, prius quam dies præterierit: quod ſecus ſit in ſpecie *l.* 10. *h. t.* in qua, quę ratio rationis eſt, & omninò hic addenda, dies non videatur adiectus ad differendam obligationem aut actionem. Veriſſimum enim eſt quod Donell. ait, quæſtionem iſtam non tam juris, quam facti eſſe & voluntatis: ſiquidem ratio juris certa hæc eſt, ut dies, qui natura ſua actionem differt, ubicunque adiectus eſt, etiam ſit expectandus: ſed voluntatis quæſtio eſt quid actum ſit inter contrahentes, quam ita explicaſſe & accepiſſe videntur JCti, ut in ſpecie *l.* 10. *h. t.* dies non fuerit adiectus differendæ obligationi. Et ita quoq; Cuiac. tradit, quod in ſpecie *l.* 10. ſtipulatio revera non habet diem, ſed tantum conditionem. Neq; aliud videtur ſenſiſſe *Iacob. Curt. lib.* 1. *coniect. cap.* 31. in diem, inquit, collata obligatione, cui ſimul conditionis incertum iniectum eſt, viſum eſt, quamvis commiſſa conditione non niſi exacta die agendum eſſe: ſed hoc ita, ſi quod conditioni innexum eſt, etiam in præſtatione conſiſtat: (atque ita in poteſtate promiſſoris) nam ubi id præſtari nequit, verius eſt obligationem, commiſſa conditione, in aliud tempus collatam non videri: quo-

niam non ut differret obligationem dies in serta fuerit, sed potius ut tempus finiret, intra quod incertus ille ac dubius conditionis eventus, ad liquidum & certum redigeretur. Et videtur hæc jam olim fuisse opinio Johannis, his verbis relata ab *Accurs. l.* 10. *h. tit.* in l. 8. obligatio est in diem, quia videtur repetiisse, decem Calendis dare spondes, quoniam Stichum dare sicut & decem, est de facto promissoris: sed *in l.* 10. non est repetitio de Calendis, quia Titium venire, non est de eius facto, sed tantũ dare decem. Sed haud scio, an quod vulgo & cõmuniter volunt, in specie *l.* 10. posse agi ante diem, satis ex ipso textu confirmetur, in quo dicitur, non posse ante agi, nisi constet Titium ante Calendas venire nec potuisse neq; venisse, sive vivo sive mortuo eo id acciderit: quoniam utrumque hoc nec potuisse, nec venisse, coniunctim requiritur: quod etiam videtur sensisse Accurs. *in d. l.* 10. *in prim. solut.* licet, inquit, dicat JCtus, quod non possit, peti antequam sit certum eum venire non posse, non tamen sequitur quod possit statim peti, & si certum sit eum venire non posse. Cæterum citatus *Hottom.* 2. *amicab. resp.* 22. ista non conciliat, sed more suo Triboniani socordiam accusat, & metas statuit antinomias: quamvis in quæstione connexa, quam cum ista non rectè confundere videtur, *de stipulatione* faciendi, quæ tacitum diem habet, an statim ex ea agi possit, ubi intra diem opus perfici non posse constat, an totum illud tempus, intra quod opus perfici potest, elapsum esse oporteat, rectè videatur notare diversas opiniones JCtorum: quod jam ante notavit *Iacob. Curt.* 1. *coniect.* 51. Obiter autem hic notandum 1. quod non satis rectè dicatur dies collata in personam promissoris sive extranei. 2. quod itidem non rectè dictum videatur conditionem collatam in personam extranei, sed potius quod ab eius persona dependeat. 3. mancum esse Tr. dum quæstionem proponit in genere de stipulatione quæ diem habeat & conditionem, & tamen proponit membra duo de collata conditione in personá alterutrius contrahentium: omisso membro principali, quo stipulatio facta est sub die & conditione casuali: veluti, si navis ex Asia venerit, Calendis Maij decem dare spondes: quo casu non dubitarim existente conditione anta Calendas, nondum rectè agi, sed eas expectandas esse.

Tri-

THESIS VII.

LIT. A.

Propoſitio Tr.hæc eſt:conditio ſtipulationis ut & reliquorũ contractuum, tam in debitoris quam in extranei arbitrium conferri poteſt. Et ſc. *Donell. in l.* 43 *h.t.* ex quo hæc theſis tota pene cum omnibus partibus deſcripta, & ex quo adeò explicanda, eique lux inferenda eſt, ante omnia diſtinctionem proponit inter legata & contractus:ſed in his, ſive bonæ fidei ſive juris ſtricti ſint, idem obtinere exiſtimat: quo reſpexit Tr. iſtis verbis, *ſtipulationis, ut & reliquorum contractuum.* Cum autem bimembris ſit propoſitio, prius tractat de conditione collata in extranei arbitrium:quo pertinent verba in pr. exegeſis: *dum conditionem dicimus, ſimul innuimus, arbitrandi facultatem certo tempore non finiri, ſed quandocunq; Titius arbitratus fuerit, conditionem exiſtere &c.* quæ verba explicanda ſunt ex Donell. *d.loc.n* 21. quod V. C. ita contracta ſtipulatione ut *in l.* 43. *h.t. arbitratu Lucii Titii reſtitui*, arbitrium non ſit limitatum & reſtrictum ad certum tempus, ſed quandocunque Titius arbitrari poſſit, usque dum partes mutuo conſenſu aliter contrahant: & hanc reddit rationem, quod hæc verba, *arbitrio Lucii Titii reſtitui,* habeant in ſe conditionem, *ſi Titius fuerit arbitratus, argum. l. ult. C. d. contrah.emt.* §. 1. *Inſt.eod. l.* 25. *in princ. locati.* Eſt autem de natura cuiusque conditionis, ut non determinetur certo tempore, ſed quandocunque exiſtens purificet contractum.

Quid ſi Titius.] Totum quoque hoc, non tolli arbitrandi facultatem, ſi Titius ſe nolle arbitrari ſemel dixerit, ſi ante deportatus fuerit, ſi alteruter contrahentium mortuus fuerit, eſt ex *Donello in d.l.*43. *in f.* Et in cæteris quidem facilè aſſenſerim, ubi partes in eodem ſtatu rem reliquerunt: ſed vix in caſu ſequutæ deportationis: vel quia ſimul implicitè Titii tanquam viri boni arbitrium electum fuit, non poteſt autem propter enorme delictum deportatus cenſeri vir bonus: vel quia non poſſunt amplius videri partes eius arbitrium ſequi velle, qui ex numero civium exemtus pro mortuo habetur. Porrò cum Tr. hoc generale faceret, non debebat tantum meminiſſe promiſſoris: & amplius, cum etiam mortuo altero contrahentium jus arbitrandi ſupereſſe diceret, non tantum promiſſoris, ſed etiam hæredis eius meminiſſe debebat.

LIT.

LIT. B.

Nominatim.] Nimirum ut in arbitrium certæ personæ, veluti Titii, non indefinitè, *quanti quis arbitratus fuerit*, conditio conferatur: Idque communiter à Dd. teneri, ut nihil actum sit, si non exprimatur certa persona, nec valeat emtio sub hac forma, ut pretium declaretur à bono viro in genere, testatur *Pinell. ad rubric. C. d. rescind. vendit. part. 2. cap. 1. num. 4. & 5.* estque circa hoc non tantum in locatione, quod Tr. verba præ se ferunt, sed etiam in emtione textus expressus *in l. ultim. C. d. contrah. emt.* quin imò ex hoc textu quod in emtione statuit Justin ad locationem productum videtur *argumen. §. sed & certum. Inst. d. emt. in f.* ubi Justin. ait hoc in emtione ipsi placitum, etiam ad locationem trahendum esse: eoq; non dubito quin *pr. l. 25. locati.* Triboniano sit adscribendum, quod & ipse stylus satis arguit.

LIT. C.

Pergit dicere de extraneo in cujus arbitrium conditio collata est, & hoc non arbitrante, sive quia non vult, sive quia non potest, contractum nullum esse ait: quod prolixius exponit & confirmat *Donell. in d. l. 43.* ubi ostendit aliud obtinere in legatis, quæ sunt favorabilia, & ex præsumta mente testantis sustinentur facilius: conventiones autem ex consensu duorum consistunt, qui arbitrio Titii rem ante omnia decidi voluerunt. Et sunt in hanc rem expressi satis textus *in l. si coita 75. pro socio*, ubi dicitur nihil agi si Titius ante decesserit quam fuerit arbitratus, & *in l. ult. C. d. contrah emtion. juncta l. 25. in princ. locati §. 1. Instit. d. emt.* quibus locis expressum est, Titio non arbitrante pro nihilo esse contractum & *in sæpe d. l. 43. h. t.* ubi dicitur, non arbitrante Titio, à persona ejus non esse recedendum: & inde infertur *in l. seq. 44.* eo non arbitrante nihil valere stipulationem. Ut proinde perspicuus hic videatur error *Cujac.* qui *in l. 43. h. t.* etiam Titio non arbitrante negotium peragi statuit: pro quo non facit *l. 7. in princ. d. contrah. emt.* quæ loquitur de arbitrio collato in personam ipsius contrahentis, in quo aliud obtinere traditur infra hac th. lit. G. & hæc quoq; est sententia *Bart. in d. l. 43. n. 1.*

LIT. D.

Sive præsentibus sive absentibus.] Hoc quoque ex Donello est, qui *num. 20.* hanc rationem reddit, quod Titio hic non sit commissum

missum arbitrium tanquam judici vel arbitro compromissario, sed per modum conditionis ipsius arbitrium contractui sit adjectum, ad cujus adeò existentiam nihil necessaria sit partium præsentia, quippe quam simpliciter arbitrante Titio existere sufficiat, neque præter ejus existentiam quidquam amplius requiri possit.

Lit. E. & F.

Dixit lit. C. quid juris sit si nō arbitretur Titius: hic si arbitratus fuerit, standum ait ejus sententiæ, modo non sit iniqua: quoniam hoc casu emendari arbitrium potest iniquum, per arbitrium boni viri. Cur aūt Titio non arbitrante cōtractus pro nullo sit, nec hic locus fiat arbitrio boni viri, & hoc tamen admittamus ubi Titius arbitratus fuit, rationem prolixè exponere conatur *Donell. in d. l. 43. h. t. n.* 18. Et eodem loco, emendationi huic locum facit etiam in stricti juris contractibus: quam sententiam Tr. etiam probatam veriorem esse puto contra *Cuiac. in d. l.* 43. Etenim in arbitro qui ex compromisso sub stipulatione pœnali aditus est, ita obtinet, ut omninò eius sententiæ, sive æqua sive iniqua sit parere oporteat, à qua si recedere liceat, nunquam res finem sit habitura, quod utilitati publicæ quæ imminuere lites cupit repugnat. Alia verò ratio contractuum est, & sunt alia satis multa, quæ appellationem suam stricti juris contractibus defendunt: & potest huc referri quod dicitur *in l.* 30. *d. oper. libert.* quod ea mens sit arbitrium alicuius eligentium, quia sperent eum rectè arbitraturum.

Illa connexa quæstio est, quando & sub qua limitatione arbitrium dicatur iniquum, ut corrigi possit & debeat. Hoc 1. Tr. relinquit arbitrio judicis: quamvis ex *l. quid enim* 80. *pro socio*, colligi posse videatur, sufficere si læsio interveniat in duplo. 2. Excipit locationem & venditionem, quibus tum demum locus fiat arbitrio boni viri, si læsio excedat duplum justi pretii vel mercedis: quoniam, ut Donell. disserit, hactenus ipsis contrahentibus se circumvenire licet. Et tamen non videtur mihi hæc sufficiens esse ratio & necessaria collectio, & est hoc remedium juris communis & separatum *ex l.* 2. *C. d. rescind. vendit.* arbitrium autem boni viri accedit actioni contractus, ut apparet *ex l. unde* 79. *pro socio* ideoque defendi potest emendationi locum esse, etiamsi læsio infra dimidium sit, quod probavimus supra *part.* 1. *disputat.* 29. *thes.* 3. *lit.* C.

LIT. G.

Proponitur hic alterum membrum principale, quo in arbitrium debitoris conditio collata est:& hic etiamsi debitor non arbitretur, contractum valere, & arbitrium boni viri subrogari, tradit Tr. quod itidem ex Donell. est in sæpe *d l.* 43.*num.*18. ubi reddit rationē differentiæ inter utrumq; casum, quo arbitrium tertio, & quo debitori permissum fuit: quoniam hoc casu, quo penes debitorem stetit, quo minus arbitraretur, conditio habeatur pro cōpleta, itaq; perinde haberi ac si arbitratus fuisset, quo facto dubium non est, quin iniquum arbitrium judicio boni viri corrigatur: quo pertinent species *l.* 24. *locati & l.* 7. *in princ. d. contr. emt.* Cui accedit & hæc ratio, quod qui arbitrium Titii eligit, quem res non contingit, ipsius voluntati & judicio rem totam permittere videtur: nemo autem in absolutum arbitrium ipsius contrahentis aliquid conferre creditur: ut proinde statim initio boni viri arbitrium electum intelligi debeat: & hinc est, quod in voluntatem debitoris contractus conferri non potest. Et hæc etiam est ratio Bart. *in d. l.* 43. *num.* 2. si inquit, per unum ex contrahentibus stat, tum contractus habetur pro completo, & ergo cum stet per eum, contractus videtur firmatus, & potest actio intentari, & operabitur officium judicis. sub hanc regulam refert Tr. speciem l. 3. *C. d. dot. prom ff.* ubi valet hæc promissio dotis, quicquid arbitratus fuero. Et hoc quoque ex Donell. qui *in d. l.* 43. *n.* 12. valere tradit hanc promissionem, quia conditio habeatur pro completa, nec præcisè arbitrium promissoris sed boni viri intelligatur. Verum haud scio an textus singulares de arbitrio ipsius contrahentis, quod utiliter adiiciatur contractibus, eousque sint producendi, ut etiam arbitrium rem ipsam debitam concernens eiusq; quantitatem, rectè collatum videri debeat in ipsum debitorem. Etenim vix putarim valere hanc promissionem, qua quis stipulanti decem, respondeat se daturum, quid vel quantum fuerit arbitratus: ne contra regulas juris à voluntate debitoris obligatio capiat statum *l.* 108. §. 1. *h. tit.* neque similes sunt alii casus, veluti *in l.* 7. *in princ. d. contrah. emt. l.* 24. *locati.* quibus non contractus, sed aliquid extra ipsum in debitoris arbitrium confertur: sicut nec simile est, quod de liberto, operas ad arbitrium patroni promittente, affertur ex *l.* 30. *d. oper. libert.* quoniam aliàs jure ordinario & propter conditionem

suam

ſuam libertus patrono operas debet. Ideoque magis eſſe videtur, ut *d.l.3.C.d.dot.promiſſ.* referatur ad privilegia dotis: ſicut & illud, quod indefinita & generalis promiſſio dotis valet, de quo actum ſupra *diſp.7.d.iur.dot th.4 lit.D.*

Niſi arbitrio debitoris.] Certum hoc eſt, quod hoc ipſum an debeat, in arbitrium debitoris conferri non poſſit, per *d.l. 198.§.1. h t.* videlicet in arbitrium & voluntatem expreſſam: poteſt enim in tacitam & velatam, veluti, *ſi cap.tolium aſcenderit*: & hic non tam ex voluntate debitoris naſcitur actio, quam impleta per factum conditione. Apertum autem arbitrarium eſt, *dabo ſi voluero*: quo caſu non contrahitur obligatio *l.46 h t.* Qua in re ſecus eſſe videtur in legatis *l.11.§.6.d.leg.it.3* ubi valet hoc modo legatum, *niſi hæres meus noluerit*: quoniam hæc verba in legatis conditionem etiam facere videntur *aegumen l.1.in princ.d.legat.2.* de quo actum ſupra *diſput. 13.d legat. th.6. lit.* D. Sed enim non videtur hoc porrigendum ad ſtipulationes, quæ mutuo conſenſu contrahuntur, in quibus imputari poſſit ſtipulatori, qui non aliter & certius ſibi reſponderi curavit, nec æquum ſit promiſſorem ultra & præter verba ſua adſtringi. Et igitur nulla eſt hæc ſtipulatio, *ſi voluero dabo*: quod idem de his verbis, *ſi volam*, reſpondit Pomponius *in l. 8.d. O. & A.* quoniam utrobiq; ead.militat ratio: neque dubitari debet quin hic erraverit *Cuiac. in l.17.d. V. O.* ubi hanc ſtipulationem, *ſi volam dabo*, utilem eſſe exiſtimat, ex hac ratione, quod *volam*, habeat tractum temporis, & ſit verbum extenſivum admittens voluntatis mutationem, juxta *l.ſi quis 112. in princ. h. t.* Sed rectè *Donell. in d.l.17.* Cuiacum quamvis ſuppreſſo eius nomine, reprehendit, & ex jam dicta ratione, contrarium potius effici demonſtrat: & ſane ratio illa prorſus nihil concludit, quoniam utcunque facultas mutandi vel centies voluntatem ſuperſit promiſſori, nihilominus tamen, quæ vera hic ratio decidendi eſt, perpetuo verum manet, quod in promiſſoris voluntatem & expreſſum arbitrium collata ſit obligatio, quod certo jure ſtipulationem inutilem facit. Hæc autem promiſſio valet, *dabo cum volam*, vel *cum voluero*: quoniam hic videtur purè promiſſum, ſed tempus præſtationis arbitrio promiſſoris reſervatum. Atque ita reſponſum eſt in *l 46.§.2. h t.* & inde removenda obiectio, quæ ſumi poteſt ex *l.45.§. eod.* ubi dicitur nihil intereſſe inter hæc verba, *ſi veneris*,

& *cum veneris: si morieris, & cum morieris* Solet diversimodè ad ista explicanda responderi: sed puto esse illationem à diversis, neq; inde effici, quod etiam hæc duo, *si volueris* & *tum volueris* pro iisdem sint accipienda. Dicam enim comparationē istam procedere in iis, quæ quomodocunq; concepta non vitiant obligationē, cuiusmodi sunt, venire, mori: non autem in iis quæ per conditionem cōcepta obligationem vitiant, cuiusmodi est, velle. Plane si qui promisit, *cum voluerit*, moriatur, antequam constituerit, obligatio expirat *d l.45 h.t.* (ex quo tamen loco apparet non omnibus idem hac in re placuisse.) Eaque in re itidem aliud jus esse videtur in legatis, ubi si hæres gravatus dare *cum voluerit* ipse non constituerit, hęres eius legatum præstare tenetur, *l.11.§.hoc autem 6.d.legat.3.*

Hæc de duobus membris collati arbitrii in personam extranei & ipsius debitoris: tertium omisit Tr. conditionis collatæ in arbitrium stipulatoris: & ideò fortè omisit, quod hic casus non videtur magnopere habere dubitandi rationem: nam & hanc stipulationem, si voluero dabis, utilem esse, rectè probat *Donell. in l. 17. inf. h. tit.*

THESIS VIII.

LIT. A. & B.

Duplex ex hoc contractu descendit actio, juxta duplicem rerum qualitatem, quæ in stipulationem deducuntur, & sunt vel certæ vel incertæ: pro illis datur condictio certi, pro his, actio ex stipulatu *in pr. Instit. h.t.* quæ sc. retinet nomen generis, ita ut verba, *ex stipulatu*, non denotent causam efficientem, neque enim minus condictio certi ex stipulatione est, quod & ipsa ratio dictat, & præter alios textus probat *l. inter 83. §. si rem 6. h.t.* sed potius, ut loquuntur, materiam & nomen actionis. Unde explicandum quod scriptum est *in l.24. d. reb. cred.* eum qui certum stipulatus, actionem ex stipulatu non habere, sed conditionem certi: ut scil. non habeat actionem ex stipulatu quæ in specie ita appellatur: quamvis inde colligi posse videatur, condictionem certi quæ hic locum habet, non esse specialem sed generalem. Sed replicare licet, quod non minus generalis sit condictio incerti quam certi. De hac autem quæstione, an nascatur hic condictio certi generalis

lis vel specialis actum est supra *part.* 1. *disput.* 20. *th.* 10. quia eadem prorsus quęstio est, quæ circa mutuum & stipulationem movetur. Est autem revera quæstio hæc jeiuna, de verbis magis quam de rebus, ut ex traditis jam dicto loco constare potest, neque eius in foro aut praxi ulla est utilitas: & proinde vix digna hæc controversia est, contra quam putat Tr. quæ in utramque partem diligenter examinetur: & ex iis quæ diximus jam d. th. 10. facile de argumento Tr. hic proposito, judicium fieri, eique quamcunque partem quis defendere velit, satisfieri potest.

LIT. C.

Actiones has civiles esse duplici ratione confirmat Tr. altera est specialis, quod ipse hic contractus sit juris civilis: altera generalis, quod omnes actiones sint juris civilis, non quidem origine sed forma. Prima ratio admitti potest, juxta explicationem traditam th. 1. lit. C. cæteroquin quatenus stipulatio consensu etiam constat, ex ea juxta rationem juris gent. actionem nasci non dubito. In secunda ratione committitur fallacia homonymiæ. Etenim, ut probatum est *part.* 1. *disput.* 1. *th.* 4. *lit.* D. *&* *hac part.* 2. *disp*. *ut.* 26. *th.* 1. *lit.* A. forma actionum accidentalis est à jure positivo civili, sive Græco sive Romano: sed forma essentialis generalis & communis est à jure gent. quo etiam solo modo & ratione actiones ad jus gent. referuntur: qua de re pluribus actum citatis loc. quibus & actiones & exceptiones juris gent. esse probavimus.

LIT. D. E. & F.

Actiones has in hæredes transitorias & perpetuas, id est, hodie tricennales esse, nemo dubitat. Quod in iis, & in vniversum in stricti juris judiciis non veniant usuræ nec post litem contestatam quidem, ostensum est supra *disp.* 3. *d. usur. th.* 3. *lit.* C. & aliam rationem fructuum esse, ostendit *l. videamus.* 38. §. *si actionem.* 7. *d. usur.* iis nimirum fructibus qui post litem contestatam sunt percepti. Quid per alias accessiones intelligat Tr. & quænam præter usuras & fructus hic in considerationem venire possint, non satis animadverto. De conciliatione *l.* 4. *d. usur.* cum *l.* 3. §. 1. *d. act. emt.* quam pugnam hic attingit Tr. alibi tractatur, neque id huius loci est. Quod denique h. th. lit. G. de modis tollendi has actiones traditur, pertinet ad disp. 29. quoniam ille locus communis est de modis tollendarum obligationũ, & consequenter etiam actionũ.

THESIS IX.

LIT. A & B.

Tractatur hac th. de duobus vel pluribus reis stipulandi vel promittendi, credendi vel debendi. Etenim sicut attestante Pompeio Festo olim utrique parti in judicio contendenti, ita etiam creditori & debitori, nomen & verbum Rei commune fuit: deductum videlicet, ut rectè Tr. ait, à re quæ in obligationem deducitur. Ita enim Festus sub lit. R. reus, inquit, dictus est à re quam promisit ac debet: & mox: reus, inquit, nunc dicitur qui causam dicit: at Gallus Ælius ait: reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est: & ibid. reum & promittendi & stipulandi dici ostendit. Appellantur autem hic duo rei credendi vel debendi, qui vel stipulatione, ut proponit Justin. in pr. Inst. ne duobus reis, vel etiam ex causa aliorum contractuum *l. 9. §. 1. D. eod.* ita constituti & accepti sint, ut licet plures sint personæ, tamen una & super uno debito, obligatio in singulis in solidum consistat & contracta intelligatur *§. 1. Instit. d. duob. reis l. 2. D. eod.*

LIT. C.

Singuli in solidum.] Hoc enim est de essentia duorum correorum credendi, ut singuli in solidum sibi acquisiverint obligationem: adeoque & singuli in solidum agere poterunt, haud dubiè autem si velint, etiam in partem *l. 3. §. 1. d duob. reis* ut vix dignum admonitione videatur, quod Tr. initio h. lit. ait, correos habere electionem, agendi vel in solidum vel in partem virilem: utrumque certum est, quod & ab uno ex correis debendi pars peti, & unus ex correis credendi partẽ petere possit. Posito autem hoc jure, quod singuli in solidum agere queant, hoc quoque consequitur, quod unus correorum credendi, prævertere & præoccupare possit, & ita in suam personam actionem firmare, ut alteri correorum jus porro petendi, quin & accipiendi debitum, præcludatur: idq; nimirum fit per litis contestationem, per quam debitum in solidum cum in judicium deducatur, consequenter alterius correi jus consumi necesse est: ex quo porrò efficitur, quod Tr. tradit, ut alteri illi amplius solvi non possit. Hinc amplius, quod alterius jus consumtum est, hoc educitur: ut quod qui pervenit, exegit & conse-

consequutus est, alteri correo communicare, & ei exinde partem solvere non teneatur: quod itidem hac lit. tradit Tr. subiectis tamen tribus limatationibus. 1. si correi credendi sint socij, inter quos videl. certo jure omne lucrum communicandum est, 2. nisi aliud actum sit: quoniam pactiones legem dant contractibus: oportebit autem ita actum esse, ut ex eâ conventione actio alterutri competere possit. 3. nisi natura obligationis hoc ita secum ferat: quod, (nihil enim tale extat *in l. reos.* 11. *d. duob. reis,*) explicandum erit ex Bart. quem Wesembec. cuius fidem & verba sequutus est est Treut. citat, *in paritl. numer.* 7. qui *in dict. l.* 11. *numer.* 9. distinguit inter causam lucrativam & onerosam: illo casu non teneri correum quicquam communicare, nisi alter correus illius socius sit. Hoc casu subdistinguit & statuit, quod correus qui exegit, totum cogatur restituere correo dro ea parte, qua negotium ad ipsum spectat. Atque hoc modo juxta naturam obligationis quod exactum est, restituendum erit. Et hoc quidem humanitatem & æquitatem sapit, sed haud scio an rationi juris nostri & conditioni duorum correorum, quam jure nostro habent, conveniat: quoniam ita effectu ferè frivolum esset, quod passim legimus, uni ex correis credendi, jus exigendi in solidum competere: & habet merito alter quod sibi imputet, quod hoc modo contraxit, cum quæ huiusmodi stipulationis conditio esset, non ignoraret. Nec movet textus à Bart. citatus *in l si me* 32. *d. reb. cred.* ubi proponitur generalis regula æquitatis, juxta quam mihi sit restituēda res, quæ à me ad alium pervenit, ut cunque inter nos desuper nihil expresse conventum sit. Etenim 1. quod in ea specie contra regulas ordinarii juris receptum est in mutuo, quod alia quoque singularia habet, *l singularia* 15. *de reb. credit.* ad alios casus extendi non debet. Deinde propria & specialis est ratio *in d l.* 32. quod pecunia mea à me, videlicet per fictionem brevis manus & per debitorem meum ad te profecta est: quæ ratio in hoc nostro casu cessat. 3. in specie *d l.* 12. proponitur justus error accipientis, per quem alteri promissa pecunia fuit, qui itidem hic nullus est, imò expressa volūtas, sub hoc modo & forma contrahendi. Ex quo etiam aliud fundamentum Bartol. corruit, quo actionē mandati pro repetitione partis competere tradit, eo quod qui correum super negotio ad se pertinente præsens stipulari permittit, mandare videatur, *argum.*

l. sem-

l. semper 60. d. reg. iur. Etenim hæc illatio est à diversis, quoniam correus hoc agit, ut in suam personam obligationem consequatur, sed qui pro alio intercedit, hoc spectare intelligitur, ut alium sibi obliget: & hanc sententiam confirmat etiam **Anton. Fab. 11. coniect. 16.**

LIT. D.

In solidum stipulati sunt.] Ea mente ut singuli in solidum acquirerent obligationem, quæ, ut ante dictum, in singulis in solidum consistit, ita ut quasi una numero obligatio contracta videatur *l. 3. in f. h. t. argum. l. 9. in princ. d. pact.* Et ergo sicut singuli correi debendi in solidum debent, ita singulis correis credendi in solidum debetur, *l. 2. & d. l. 3. §. 3. l. 9. § ult. h. t. l. 31. §. 1. d. novat.* Ex quibus necessario consequitur, ut etiam unus ex correis credendi in solidum obligationem tollere & consummere possit, modis iis, quibus ille, qui solus in solidum creditor, id facere potest. Quod exemplis aliquot & speciebus hic illustrat Tr. & 1. quod unus ex correis solidum petere possit, quod jam satis dixerat lit. præced. 2. quod unus solidum accepto ferre possit *l. 2. h. t. & d. l. 31. d. novationib.* 3. quod unus obligationem in solidum novare possit. Verum hoc controversum est: & affirmatur quidem diserte à JCto Venulejo *in d. l. 31. d. novat.* sed ex sententia aliorum negatur à Paulo *in l. 27. in pr. d. pact.* Variæ in medium afferuntur conciliandi rationes, & 1. quod Venulejus loquatur de correis non sociis, sed Paulus de sociis, hoc argumento quod *in princip. d. l. 27.* argentarii socii proponantur, & cum his in f. pr. duo correi comparentur. Sed bene hic meo judicio animadvertit *Gædd. d. contrahend. stipulat. cap. 12. conclus. 2. num. 13.* quod cum duobus correis debendi qualibuscunque, non nisi argentarii socii conferri possint, utpote quorum diversas mensas sine societate habentium, nulla cum duobus correis sit comparatio. Sed & hinc conciliatio ista confutatur, quod societas inter correos non mutat conditionem obligationis, neque facit quo minus in singulorum persona tota consistat obligatio, sed tantum hoc operatur, ut quod unus fecit, ejus nomine actione pro socio teneatur: itaque correus socius qui damnum socio novatione sua dedit, ei hoc nomine actione pro socio tenebitur, non autem ideo novatio tanquam non jure facta poterit impugnari: & alias etiam consequeretur contra

n atu-

naturam constitutæ obligationis, debitorem ab uno correorum non posse liberari. Et hoc vidit Accurs. qui *in d. l.* 27. cum Pauli sententiam de duobus correis explicasset, statim subiicit, alterum socium ita non posse novare, quin alteri socio hoc nomine teneatur: atque adeo novationem valere censet Accurs. Quæ altera possit esse conciliatio, sed procul dubio aliena à mente JCti, qui negat hoc concessum correo ut novare possit. Tertia conciliatio ejusdem Accurs. ut *d. l.* 27. explicetur de casu quo alter est litem contestatus, prorsus est inepta. Nec admitti potest quod quarto loco Cujac de novatione donandi causa facta, vel quasi novatione per pactum divinat. Et violentium est, quod *Robert.* 1. *recept. sentent.* 25. pro, *novare*, vult substitui, *donare*, apud Paul *in d. l.* 27. Quod sexto loco affertur à *Pacio centur.* 1. *quæst.* 96. nimis argutum aut frigidum potius videtur, certè à mente JCti alienum, quasi Paulus postquam negasset pactum alterius correi, alteri nocere, aliquid de novatione κατὰ πρόληψιν inseruerit, ut refutaret objectionem, quæ à solutione ad pactum deduci, poterat. Septima conciliandi ratio est Gœdd. qui *d. c.* 10. *concl. s.* 2. *n.* 16. disputationem & sententiam Venuleii *in l.* 31. *d novat.* vult restringi ad casum, quo correus hoc egit, ut à se tantum liberetur debitor. Sed hæc cæteris etiam insubtilior videtur. 1. quoniam juxta hanc sententiam jus novandi utique habebit correus, quod ipsi negat Paulus. 2. quia hoc repugnat naturæ novationis, quæ obligationem totam tollit: jam autem sæpe diximus, obligationem in solidum in singulorum persona consistere 3. quia ita jejuna fuerit quæstio, in qua de jure præcipuè alterius correi tractatur. 4. quia rationes quibus utitur Venulejus desumtæ sunt ab obligatione uni correorum in solidum quæsito. Et hinc 5. quia ad novandi jus infert JCtus à jure petendi solidum & accepto ferendi: quæ constat ita competere uni ex correis, ut obligatio in solidum cum præjudicio alterius tollatur. 6. quia non est consentaneum, ut in terminis novationis tum obligatio tollatur, tum nihilominus debitor ex eâd. obligatione alteri correo maneat obstrictus. Nec quicquam facit pro Gœdd. quod *in d. l.* 31. dicitur, correum liberare debitorẽ novatione, cum id specialiter agat. Etenim hoc non eo pertinet, quomodo accepit Gœdd. tanquam tantũ actum fuisset de uno correo liberãdo, sed quod novatio non cõtrahatur, nisi ubi hoc agitur, & quidẽ

hodie specialiter ex constitutione Justin. *in l. ult. C. d. novat.* ex qua verbum, *specialiter d. l.* 31. adiectũ esse, non immerito quidã suspicantur. Nihil igitur superesse videtur, nisi ut ingenuè fateamur cũ Castalio *in d. l.* 27. pugnam istam nisi ineptè tollatur, tolli nõ posse: quæ etiam sententia est *Ant Fab.* 11. *coniect.* 17. Et videtur Paul. cum aliis specialem rationem sequutus, quod permittendũ nõ fuerit correo obligationem certo modo constitutã, in aliam transmutare. Illud obiter noto, his casib. quib. correus obligationem aut perimit aut sibi propriam facit, eum revera loquendo dicendum esse, non tam nocere correo, quam jure suo uti: & imputet sibi correus, qui ita contraxit quod notat *Petrus Fab. in l.* 173. *§ unicuiq; d. reg iur.*

An idem sit paciscendo.] Verissimam puto hanc sententiam, quod correus credendi non possit efficere paciscendo, quo minus alteri actio sit integra: & quidem integra non tantum subtilitate juris, quia pactum utiq; non potest tollere actionem, sed etiam effectu, ut possit debitum exigere: idq; manifesta ratione: quoniam cum obligatio & actio non sublata sed salva sit, eaque in persona alterius etiam in solidum subsistat, non potest exceptio pacti obstare alteri qui suo jure agit, nec causam ab altero habet. Et hoc ita obtinere existimo, sive sint socii correi sive non, quoniam *ut paulo* ante dictum, societas ista non immutat statum obligationis duorum reorum. Nisi quis ubi socii sunt, probaliter existimet pro parte obstare exceptionem, quod aliàs obliquè pactum ipsi quoq; socio paciscenti non sit nociturum, quippe cui alter socius actione pro socio partem exactæ pecuniæ teneatur communicare. Neque enim ratio juris aut æquitas patitur ut socius qui totum exegit, contra socium actione pro socio experientem se tueri possit: neque æquum est, ut solidum retineat, qui non interveniente pacto cõmunicare partem necesse habuisset. Atque hinc Tr. sententia limitanda, & ita restringendum erit quod Paulus scribit *in l.* 27. *in princ. d. pact.* unius ex argentariis pactum socio non nocere, ut videlicet non noceat summo jure, & non in solidum. Et hinc porrò necessum non est, ut cum *Ant. Fab.* 11. *coniect.* 18. *& in l.* 27. *d. pact. ex princ. d. l.* 27. expungamus verbum, *socii*. Ratio Fabri duplex est. 1. quia si socii essent nocere utique deberet: sed jam responsum est nullam esse consequentiam, nisi hactenus, ut noceat pro parte. 2. quia argentarii simpliciter, cum duobus correis comparentur.

Sed

Sed responsum est paulo ante, quod non nisi argentarii socii, cum quibuscunq; correis comparari possunt. Cæterum Ant. Fab. *in d. l. 27. d. pact.* his rationibus, quod pactum correi credendi indistinctè noceat correo socio, efficere conatur, quas paucis confutabimus, Prima ratio est, quod unius correi socii debendi pactum alteri prosit *l. 25. d. pact* & ergo etiam pactum unius correi credendi socii, alteri nocere debet. Respondeo nullam esse consequentiam, vel qua longè facilius est, ut conditio nostra per alium fiat melior: vel quia aperta inter utrumque casum differentiæ ratio est: prodest enim non directo, sed propter personam paciscentis, cuius interest ut prosit socio, qui aliàs exactus partem eius quod solvit correo socio reputaret. Deinde adducit *l. 34. d. recept. arbitr.* ex qua ita concludi potest. Si compromissum unius correi socii nocet alteri, ita ut propter sententiam arbitri, qua socius petere vetitus est, ipse quoque petere nequeat, ergo etiam nocebit pactum: at verum prius *d. l.* 34. Ergo & posterius. Verum ut de ratione consequentiæ taceam, assumtum dico esse falsum, & contrarium potius probari ex *l.* 34. in qua hoc quæritur, non, an socius petere non possit, sed hoc, an eo petente, stipulatio pœnalis, à socio qui compromisit, interposita, committatur. Id quoniam non obscurè affirmat JCtus *in d. l* 34. ex eo ipso infertur, socio alteri compromissum non nocere: quod si enim propter illud petere non posset, stipulatio pœnalis non committeretur. Adeoque intelligendum est: in specie *d. l.* 34. non committi pœnalem stipulationem contra alterum socium petentem, sed contra socium qui compromisit, cuius est efficere, ne quid vel in directo contra sententiam fiat, & qui socio petente ipse per consequentiam cum ad eum pars perventura sit, petere videtur. Et utique fieri non potest, ut ex stipulatione unius, alter socius ad pœnam conveniatur: neque aut compromissum aut pactum unius correi, ut maximè socii sint (nihil enim hoc ad debitorem) obligationem, quæ in alterius persona adhuc integra est, extinguere aut elidere poterit. 3. adducit Anton Fab. textum *in l. si duo § si quis cautio ibus &c.* Sed respondeo 1. in illa lege obstare exceptionem non agenti ex stipulatione principali, sed ex pœnali. 2. vitiosè à particulari duci argumentum ad universale: neque enim si aliquando & aliquo casu factum unius correi nocet alteri, ideo etiam pactum nocere necessarium

est. 3. rationem quoque esse specialem, ne ei dolus prosit: qui autem paciscitur, nihil dolo facit. 4. vel ideò facilius admissum fuit, ut obstaret exceptio, quod cum qui impeditus est, adversus impedientem habeat regressum *l.1.& tit. de eo per quem factum &c.* si unus ex correis pœnam ex stipulatione pœnali consequatur, alter autem ex edicto, *de eo per quem factum &c.* conveniatur, posito, quod socii sint, effectu, perinde erit, ac si impedito exceptio concessa, & eius actio contra impedientem inhibita fuisset. *fac. l. 1. §. 3. de eo per quem &c.*

Porrò quin pactum unius ex correis sociis debendi alteri prosit, vix etiam dubitari ab interpretibus videtur, tum propter regulam *in l. 21 inf. d. pact.* tum propter *l. 25. in princ. eod.* Dubium tamen facit textus non obscurus *in l. 3. §. 3. d. lib. l. gat.* ubi dicitur, si uni ex duobus correis cui testator tantum consultum voluit, liberatio legetur, siquidem socii non sint, pacto liberandum esse legatarium: sin autem socii sint, acceptilatione, quoniam aliàs dum à socio peteretur, alter quoque per consequentiam inquietaretur. Quod si autem pactum unius socii ad exceptionem prodesset alteri, utique non posset inquietari socius, cum quo pactum *est,* neque necessum esset, acceptilatione liberare legatarium, *si pactum* socio prodesset: neque enim hanc rationem, cur per acceptilationem debeat fieri liberatio, reddit JCtus, quod præferendus sit modus plenior aut dignior: sed hanc, ne alioquin per socium socius inquietetur: neque enim istud de inquietatione nudi facti, citra jus exigendi, accipere possis. Obiectio hæc non videtur esse levis, ut mirer inter cæteros ab *Anton. Fabr. in l. 27. d. pact.* hunc textum ita adduci, tanquam ex eo probetur, quod pactum unius correi alteri prosit. Et fortassis regula *l. 21. §. ult. d. pact.* intra suos terminos fuerit coercenda & ad quodcunque interesse non referenda, *argum. l. 23. d. pact.* sicut & tentari potest, quod exemplum *l. 25. d. pact.* sub jam dictam regulam non pertineat: & jam ante diximus, quod argentarii socii cum correis etiam non sociis rectè conferantur: ut proinde non sit necessum, *d. l. 25.* de correis sociis explicare: cum & Accurs. quod *in d. l. 25.* dicitur in altera explicatione, aliò referre videatur. Et tamen haud scio, an hac ratione jam citatis textibus satisfiat: nam & ex *d. l. 3. d. lib. l. gat.* quod diximus, non directo, sed per consequentias infertur. Sed ego hic subsisto

Video

Video autem à quibusdam, & inter eos etiam ab *Ant. Fabr.* 11. *coniect.* 18. *& in l.* 27. *d. pact.* istam quoque quæstionem tractari, an pactum unius ex correis credendi prosit alteri. Sed istum casum valde oportet esse rarum, cum præsertim ex jam dictis appareat, obligatione in alterius persona insolidum constituta, pacto nec damnum nec commodum alteri nisi obliquo & in consequentiam inferri posse & quasi per ipsius paciscentis personam: atquin ut prosit alteri unius correi credendi pactum, non nisi directo, & ut jus agendi in alterius persona promoveatur, videtur effici posse: quod utrumq; pacti potestatem excedit, quod non potest afficere obligationem alterius, quippe quod singuli correi ita obligationem habeant acquisitam, ac si unus solus stipulatus fuisset.

Lit. E.

Agitur hic de correis debendi sive promittendi, qui videlicet singuli unam rem vel summam in solidum debent. Et sicut circa correos credendi quæritur, an factum unius alteri præiudicet: ita circa duos reos debēdi quæritur, an quod unus fecit alteri prosit. Et ead. est responsio, quod sicut illo casu unus ex correis credēdi hactenus dicitur nocere, ut loquuntur, correo, quatenus jure tamen suo totam obligationē consumendo, facit, ut alterius actio simul consumatur: ita & hic unus correorum debendi faciens aliquid, quo obligatio tollitur, hoc ipso simul efficiat, ut correus quoque liberetur. Et hinc, si unus correus in solidum conventus, vel omninò si totum solverit, vel si insolidum ei accepto latum sit, alter quoque liberatur: quod rectè ampliat Tr. etiamsi correi socii sint: quoniam ut sæpe dictum jus societatis, non mutat duorum correorum conditionem: sed facit, ut qui totum solvit, partem socio, judicio societatis reputare possit.

Illud autem hic quæritur, an unus ex correis debendi conventus in solidum, exceptionem divisionis opponere possit. Et hoc olim constat non potuisse, nec usquam legimus quod beneficium divisionis fideiussoribus concessum, ad duos correos principales fuerit productum. Sed ratio dubitandi nascitur ex jure novo, ex *au. h. hoc jure C. h. t.* quæ desumta est ex *Nov.* 99. *d. duob. reis cap.* 1. ubi Justin. constituisse videtur, tum demū singulos in solidū teneri, si in constitutione duorum correorū hoc expresse fuerit actum, Et ita cummuniter accepta est d. Nov. quamvis aliud placeat Tr.

qui etiam citra eiusmodi pactum singulos in solidum exigi posse statuit, & reprehendit Irnerium, quod perperam conceperit *d. autenth hoc ita C.d.duob.reis*. Et videtur hinc reprehendere eũ Tr. quod non animadverterit, *in d. Nov. 99.* nõ simpliciter de quibusvis duobus reis, sed in specie iis, qui mutua vice fideiusserunt, juxta *l. 11. h. t.* tractari, idque fortassis argumento inscriptionis Græcæ περὶ ἀλληλεγγύων. Verum communior sententia simplicior & verior videtur, quam etiam probant *Cuiac. in d. Nov. 99. Ant. Fab. 11. coniect. 4* & faciunt pro ea hæ rationes 1. quia Justin. *in d. Nov. 99.* quos in pr. appellat alterna fideiussione obligatos postea, simpliciter reos appellat. quia ait se ad hoc decurrere exemplo fideiussorum; quæ ratio dupliciter inducitur, tum quia fideiussores beneficio divisionis utuntur, tum quia supervacua ita esset constitutio, si tantum de correis qui invicem simul sunt fideiussores, acciperetur. Neq; movet ratio ex adverso adducta, quoniam ut docet Cuiac. correi simpliciter à Græcis isto nomine appellãtur, hac causa, quod duo correi ipsa conditione obligationis, cum singuli in solidum teneantur, quidam quasi fideiussores esse videantur: quod confirmat Cuiac. *ex l. vir uxori in f. ad Velleian.* ubi si mulier & Titius se constituerint duos correos, juvatur mulier Vellejano, tanquã intercessisset pro Titio, quippe pro quo aliàs quasi exigi videretur. Et confirmat hanc sententiam, quod alias everteretur constitutio *l. 3. C. d. fideiuss.* ubi negant Impp. ex hoc pacto, ut fideiussores singuli in solidum teneantur, adimi ipsis beneficium divisionis.

Illa connexa quæstio est, an ad hoc, ut constituantur duo correi, necessum sit hoc ipsum exprimi, quod se tanquã duos correos obligare voluerint. Quod negandũ videtur, quoniam constitutio duorum correorum ex ipsa forma stipulationis & promissionis inducitur, ut vel colligere licet *ex pr. & §. 1. Inst h. t.* unde nõ semel quæritur, an & quando duo correi constituti videantur: quæ quæstio inepta esset, si citra expressam conventionem duo correi constitui non possent. Sed obstare videtur *l. reos 11. §. §. 1. & 2 h t.* ubi dicitur si in tabulis ita scriptum sit, illũ & illum centum aureos stipulatos, vel promisisse, singulos partem virilẽ stipulatos & spopondisse videri. Et *Cuiac. in d Nov. 99.* casum illum specialiter exceptũ esse ait, sed rationẽ specialitatis non exponit. Existimo in dubio non præsumi duos correos constitutos, ideoq; si verba instrumenti, qui ca-

sus

sus proponitur *in d. l.* 11. §. 1. *&* 2. recipiant utramq; explicationem, ut duo correi constituti, aut etiam non constituti intelligi possint, nos sequi potius interpretationem posteriorem, ut notarius brevitatis causa stipulationes plures coniunxisse intelligatur: quod etiam suadet particula ET, quæ videtur arguere singulos separatim contraxisse, cum particula AUT constitutioni duorum correorum magis apta videatur, *arg. l.* 8. §. 1. *d. le* §*at.* 1. tum etiam aliquid conferre videtur, quod ibi pecunia res natura sua divisibilis debita fuit.

Vnde & hoc consequitur.] Infert Tr. quod per partis petitionem ab uno ex correis factam, non censeatur facta debiti divisio: id est, quod licet quis judicium in partem uni correorum debendi dictaverit, nihilominus in alteram partem eundem correum convenire possit: etenim quo minus contra alterum reum partis petitio integra sit, vix etiam dubitari potest, siquidem certo jure à stipulatore volente duo correi pro virilibus portionibus conveniri possunt. Sed tamen *Bart. in l. ex duob. pen. h. t. n.* 3. contrarium probat, quod qui ab uno correorum partem petiit, si alteram partem ab eodem exigere velit, exceptione taciti pacti repellatur. Pro quo militat tum ratio, quod cum ab unoquoq; recrum solidum petere possit, petendo partes quasi qualitatem obligationis mutasse, & ab ea recessisse videatur: tum textus *in l. liberum* 16. *C. d. fideiussor.* ubi negatur post litem contestatam posse redintegrari divisam petitionem: & *in l. creditores* 18. *C. d. pact* ubi creditor qui pro parte debiti admisit solutionem non potest alterum pro altero exigere, id est, nō potest ab altero totum exigere. Sed contra Bart. & pro sententia Tr. itidem facit tum ratio, quod non debeat facilè præsumi creditor in sui præiudicium, & debitoris liberandi causa in partem dictasse actionem, cum jure suo usus sit: & illis locis quibus dividi posse actionem traditur: nullum huius præiudicii vestigium apparet: tum itidem duplex textus *in l. reos* 23. *C. d. fideiussor.* ubi satis perspicuè regressus ad eundem permittitur: & *in l. si ex toto* 8. §. 1. *d. legat.* 1. ubi dicitur eum qui ab uno correo partem petiit, ab alterutro reliquum petere posse. Neq; enim verbum, *alterutro*, explicari potest, pro, *altero*, quod Acc. tentat, ubi præsertim nulla sit futura dubitandi ratio: neq; cur speciale sit in legatis, ut respōndet Bart. ratio reddi potest, cum præsertim ex hoc ipso defendere hanc sententiā videatur

JCtus,

JCtus, quod duo hæredes ibi nominati, ad instar duorum reorum in solidum sint obligati. Et hæc sententia potior esse videtur: cui non obstat ratio Bart. vel quia nulla necessaria consequentia est: potest exigere solidum, ergo petendo partem videtur remisisse jus suum: vel quia videri potest creditor partem ab uno petiisse, ut actio pro parte ipsi salva esset contra alterum correum, qui electo correo in solidum olim liberabatur, ut postea dicemus. Non obstat etiam *l. 16. C. d. fideiussor.* quoniam ibi creditor non unum ex plurib. elegit, sed contra omnes reos simul in partes viriles actionem dictavit. *Ad l.* 18. *C. d. pact.* variè conatur respondere Accurs. sed videtur vera responsio Cyn. ibid. non electione simplici induci pactum tacitum, sed divisione, id est, ut intelligo, si creditor singulos debitores quodammodo agnoscat, & eos ad partis solutionem sese admittere profiteatur: quæ explicatio apertior erit, si verbum, *quenquam*, significare intelligamus, *unumq. en q;*. Et jure novo certior erit hæc sententia, postquam correis datum est beneficium divisionis: ex ratione *B. rt. in d. l.* 18. *h t.* quod ubi quis cogitur accipere partem, dividendo actionem sibi non præiudicet. Nihil autem huc pertinet constitutio nova Justin. *in l. ult. C. d. fideiuss.* quæ non hanc sed aliam quæstionem decidit: an uno electo ex plurib. reis, supersit regressus, contra alterum, si forte creditor ab eo quem convenit, solidum consequi non potuerit: de qua quæstione, an electione unius olim alter fuerit liberatus, dicetur *disp seq. th.* 1.

Quod tamen fallit.] Cum dixisset per partis petitionem, non censeri factam debiti divisionem, subiicit hoc fallere in interrumpenda præscriptione, ut illa non fiat pro parte non petita. Quod explicandum est ex citat. *Tessaur decis* 203. ubi quod proponitur in *l. ult. C. h. t.* per petitionem & admonitionem unius ex correis, præscriptionem interrumpi in solidum adversus alios quoq; correos, limitat procedere, si solidum fuerit petitum, cæteroquin petitione partis præscriptionem non nisi pro parte interrumpi. Dubium tamen facit, quod obligatione in solidum constituta, & præsupposito jure petendi residuum contra eum qui conventus est, consequenter petitio instituta quasi obligationem in solidum respicere videatur, cum iuxta *d l. ult.* ad interrumpendam præscriptionem etiam ab uno petitū fuisse sufficiat. Putaverim probabiliter distingui posse, interesse, an creditor petierit aliquid simpliciter, an sub expres-

expressione partis: ut illo casu demum vera sit sententia Thessaur. & Tr. non etiam hoc: quod ipsa expressione partis petitionem solidi quodammodo apprehendisse, & residui petitionem tantum distulisse intelligatur.

Lit. F.

Sæpe jam dictum est, obligationem in solidum in singulorũ correorum debendi persona subsistere: ex quo infertur necessario eam in uno correorum & per unum extinctam, in solidum & in omnium persona expirare, & ita unius factum quo obligatio tollitur alteri prodesse intelligi: cujusmodi facta tria hic refert Tr. 1. si unus ex correis solvat. 2. si unus juret *l* 28 §.3 *d. iur. iur.* videlicet se non debere: quoniam una obligatio est, itaque si unus non debet, nec alterum debere consequitur: cum præsertim jusiurandum solutionis & novationis vicem fungi perhibeatur: in quo diversa pacti ratio est, quo tantum hoc agitur, ut ne ab uno debitum petatur. 3. si unus ex correis debendi novet, quoniam & hic modus est obligationem consumendi. 4. ex eâd. ratione, si uni accepto debitum feratur *l* 2 *h t*.

At litem accipiendo] Subiicit jam casus & facta quæ alteri correorum non prosunt, id est, quæ non impediunt, quominus contra alterum salva sit actio 1. si unus litem acceperit, id est si creditor unum ex correis instituto judicio convenerit, non propterea alterum liberari. Hoc quidem jure novo certum est post *l. ult. C. d. fideiussor* sed jure veteri ex quo est citatus à Tr. textus *in l.* 52 *§. ult. D d. fideiuss* falsum id esse magis puto, de quo agemus *d. sp. seq. th.* 1. *lit.* B. 2. si unus ex sociis pactus fuerit de non petendo: quoniam ita non tollitur neq; mutatur jus obligationis, sed ei tantum qui pactus est exceptio acquiritur: & sicut pactum unius rei credendi non nocet alteri ne petat, ita pactum unius rei debendi, non prodest alteri, ne ab ipso petatur: de quo solo casu rectè tractari & disputari videtur: & casum, quo unius correi debendi pactũ alteri noceat, singularẽ esse oportet. An aũt idem sit in correo socio, paulo superius expositum est. 3. si unus moram commiserit: quod tantum referri potest ad prædicatum alterum, quod noceat, quia mora prodesse non potest: cæterum non nocere moram unius correi, scriptum est *in l.* 32. *d. usur.* quod accipiendum videtur quoad eum effectum, qui est in præstatione usurarum in bonæfidei judiciis: sed culpa V. C. in oc-

cidendo homine debito, vel etiam mora, quoad effectum perpetuandi obligationem, videtur alteri nocere, eoque referri potest *l. pen. h t.* quin & in obligationibus faciendi mora unius alteri obesse videtur: *vide Bart. in d. l. pen. n.* 34.

Huc pertinet quæstio.] Quæstionem hanc, an correus qui totum solvit, partem repetere possit diffusè tractat *Ant. Fab lib.* 11 *coniect. c.* 5. *& multis seqq.* ubi contendit nullam ipsi superesse actionem. Sed quicquid ille disputet, juris nostri autores, præsertim Imperatores neglecta aliquando summi juris ratione, æquitatem potius sunt sequuti, & in his nominatim terminis quib. unus correorum qui cõmuniter mutuam pecuniam acceperant, totum exsolvit *in l.* 2. *C. h. t.* quam frustra *Fab. c.* 17. à Tribon. aut inepto interprete corruptam esse contendit: neq; tanti sunt eius rationes eod. *lib. c.* 7. ut non defendi possit correo isti actio negotiorum gestorũ, quam variis casibus, quib. deficiunt ordinariæ actiones, accommodari, *totus tit. d. neg. gest.* ostendit, & in simili ferè casu *l.* 21. *eod.* licet n. hactenus negotium suum gerat, quod in solidum obligatus fuit, eo tamen respectu quo correum liberat, ipsius simul gerere negotiũ videri potest: & quasi retro per eum pecunia ad correum pervenisse videtur: quæ sola æquitatis ratio facit, ut actio detur in specie *l.* 32. *d. reb. cred.* Neque obstat *l.* 11. *C. d. fideiuss.* quia ponimus hic casum cum ipso Ant. Fab. quo iuxta *l.* 2. *C. h. t.* ad alterum correum pecunia pervenit, quod non est in fideiussorib. Et illa summa juris ratio est, quod imputare sibi debeat qui ita contraxit: cum pręsertim causa iusta esse potuerit cur ita contraheret, nec fortassis aliter creditor contrahere voluit nec negari potest, quin hoc animo contraxerint, ut damnum esset commune. Ex quo etiam illud defendi potest, quod supra *hac th. lit. C.* ex Bart. proponebamus, correum credendi quod exegit communicare teneri. Verũ istud hoc tempore prolixius exequi & rationes Ant. Fab. quod difficile non foret, confutare, (quamvis & supervacaneus iste futurus sit labor, quia sententia Fabri contra textum expressum, utcunq; à Triboniano corruptus dicatur, & receptissimam ubiq; & apud omnes sentẽtiam, nunquam obtinebit) non vacat: sed abrumpimus, quoniam tempus, quod operi isti absolvendo nobis præscripsimus, monet & urget, ut ad sequentia pergamus.

AD DISPVT. XXVIII.

De
FIDEJVSSORIBVS.

Respondente

HENRICO à GOOR MÖRSENSI.

THESIS PPRIMA.

LIT. A.

F*ideiussor propriè acceptus.*] Quem scilicet opponit fideiussori in larga significatione in f. huius lit. Ait porrò, *qui Ciceroni sponsor.* Nescio an existimet fideiussorem ita in specie dici sponsorem, ut ab hac appellatione excludatur reus principalis: quod nec Cuiac. tradit in *Nov.* 4. neque ex verbis Ciceronis quæ ibid. refert Cuiac. colligi potest. Utique notatio nominis ostendit, eum qui aliquid spondet & promittit, rectè appellari sponsorem, & verba ista, *spondere, promittere*, cuicunque stipulationi propria esse non ambigitur §. 1. *Instit. d. V. O.* Rectè adeò cum aliis reprehenditur Schneidw. qui *ad pr. Instit. h. t. num.* 4. sponsorem ita opponit fideiussori quod hic rogatu alterius intercedat: quoniam omninò etiam qui rogatus intercedit sponsor est, & qui non rogatus pro absente & ignorante, fideiussor est *l. si pro.* 40. *& passim t. t. mandati & de fideiuss.* Et errat hic *Alciat.* 1. *parerg.* 2. ubi probat Ac-

curs. quod sponsor propriè sit, qui sponte & non rogatus pro alio promittit, & ei confirmando advocat autoritatem Festi, cuius verba hæc sunt: spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua id est, voluntate promittatur. Quæ ostendunt tripliciter offendere Alciat. 1. Festus non de sponsore, sed de verbo, *spondere* loquitur: nec quisquam negaverit reum principalem spondere. 2. de suo addit Alciat. verba, *non rogatus*: quoniam etiam qui rogatus est, nihilominus sponte promittere rectè dicitur. 3. itidem de suo addit Alciat. verba *pro alio*: quæ omninò angustam & vitiosam faciunt restrictionem. Rectè autem ab hoc verbo *spondere* deducuntur sponsalia, licet Festus in *d.l. c.* ex Verrio aliam notationem proponat sponsi & sponsæ, ex Græco, quod ij σπονδὰς interpositis rebus divinis faciebant.

Adpromissoris appellatio satis probatur ex *l.5.§.2 d.V.O. l.in omnibus* 43. *d. solut.* & rationem non obscuram habet, ut fideiussor idem promittens quod reus principalis, huius obligatione manente salva, adpromissor dicatur. Monet tamen Tr. ut videatur elegans differentia apud *Gædd. in l.* 150. *d. V. S.* cuius sane verba *num.* 2. hanc sententiam præ se ferunt, ac si is tantum verè *adpromissor* esset, qui accipitur pro indemnitate in quantum *à principali* servari non potest: & hanc differentiam videtur intelligere Tr. quæ sit inter fideiussorem & adpromissorem: quod ille demum fideiussor dicatur, qui simpliciter pro alio intercedit. Quam sententiam probandam non existimo, neque dubito utrumque esse adpromissorem & qui simpliciter, & qui quasi sub conditione & in eventum quo debitor solvendo non sit, intercedit & promittit. Planè fideiussoris nomen minus propriè alteri speciei adpromissoris tribui videtur, quod apparet ex ipso Gædd. *in d. l.* 150. de quo agemus infra th. 3. lit. E. ubi Tr. tractat **von rückbürgen oder schadloßbürgen.**

Olim præs.] Prædes, inquit, *Asconius Padian. in Orat.* 3. *contra Verrem*, dicuntur satisdatores locupletes pro re de qua apud judicem lis est. Ausonius *in ludo septem sapientum* sub nomine Thaletis.

Sponde, noxia est præsto tibi,
Per mille possum currere exempla ut probem,
Prædes vadesq; pœnitudinis reos.

Et propriè in civilibus tantum causis intervenisse prædes, fidem facit idem Ausonius, idill. 12.

Quis cum lis fuerit nummaria, quis dabitur? præs.

de qua re, & an vades tantum in causis criminalibus intervenerint, quod alter eiusdem Ausonii versus ibid. suadere videtur, tractat. *Anton. Hering d. fideiuss cap. 3. numer.* 43. Porrò Pompeius Festus, præs, inquit, est is qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, si præs sit, ille respondet, præs. In quem locum Joseph. Scalig. in hæc verba scribit. Festus ait prædem dictum esse, quod interrogatus à populo, si præsesset &c. præsesse antiquitus significabat præsentem esse. Hæc Scaliger: ubi etiam emendandum putat locum Varronis. 5. *d. ling. lat.* Itaque præs qui à magistratu interrogatus in publicum, an pręs est. Et hanc etymologiam prædis, quam & Tr. sequitur, comprobat alius versus Auson. *in lud sept. sap. in princ.*

Spondere qui nos, noxa quia præ est, vetat.

licet Varro 4. d. L. L. videatur deducere à præstando. Prædia, inquit, dicta, ut prædes, à præstando, quod ea pignori data publicè fidem præstent. Licet autem hinc intelligere, non quosvis pro alio fideiubentes, sed qui aut publicè, aut in judicio pro alio spondebant, prædes appellatos fuisse.

In larga significatione.] Ait, quod largè omnis is fideiussor dicatur, qui se pro alterius obligatione debitorem constituit. Hoc quidem, quod aut expromissor aut mandator aut constitutor appellatione fideiussoris contineatur, nullo citatorum à Tr. textuum probatur: sed *in l. in personam* 30. §. 1. *d. pact.* expromissor quasi fideiussor appellatur: quod si enim servi persona huius appellationis causa esset, debuisset dici, quasi expromissor: revera enim ibi expromissio est, promittente servo quod Titius debebat. Sed *& in l.* 2. §. 1. *ad Velleian.* videri potest verbum hoc generalius sumi, ibi, *fideiussiones & mutui dationes:* & *in l. ultim. quod cum eo qui in alien. pot. &c.* quasi fideiussio esse dicitur, si quis pro alio solvat: quamvis appareat, ideo hanc comparationem institui à JCto, ut inde concludat, in dominum actionem non dari, quæ ex causa fideiussionis negatur: & ita hæc inter se comparat *Cuiac.* 13. *obs.* 35.

An fideiubere liceat.] Præter Molinæum *d. usur. quæst.* 32. *num.* 253. late hoc tractat. *Hering. d. fideiussor. cap. 1. per totum.* Sed non est

ista quæstio tanti: & constat verum esse, quod olim Thales dicebat, *sponde noxa præsto*, & illos male sibi consulere, & fere damnum sibi accersere, qui pro aliis spondent, quippe cum reo non solvente ad ipsos eatur, juxta illud Germanicum, **bürgen soll man würgen**: quo referri possunt, quæ ex proverbiis Salomonis in hanc rem adduci solent: sed quæ minimè efficiant, ut non aliquando justa censeri debeat fideiubendi causa, tantum ab est ut inde colligatur, fideiuberi non posse: quomodo parum subtiliter meo judicio quæstio hæc formatur.

In Polonia.] Ait audire se, quod in Polonia nullus sit usus fideiussionis, sed tantum pignoribus efficatiter caveatur. Propositio hæc repugnat verisimilitudini, ut in amplissimo Regno nulla sit fideiussio: sed & repugnat ipsi veritati, & confutatur ex iis qui statuta & leges regni illius collegerunt. Etenim in magno opere quod anno 53. edidit Jacob. Prilusius *lib. 3 cap. 7 d. contract. l. 23 & 34. & cap 8. l. 5. 6. & 7. & lib. 4. cap. 22. artic. 2.* & passim fideiussorum in contractibus & judiciis frequens mentio est. Item Renatus Choppinus in summa Polonici Dominii sub judiciariis refert hanc legem Casimiri: neque lusor neque fideiussor eius obligetur. Et novissime Theodorus Zawacki in memoriali suo edito anno 1614. sub flosculis legum regni Poloniæ juxta ordinem Alphabeti digestis, sub speciali rubrica, *fideiussor*, leges sex ad eam rem pertinentes recenset.

LIT. B.

Stipulatione interposita.] Non nudo pacto: quod dupliciter ampliat Tr. 1. ut non sufficiat nudum pactum, etiamsi vestiatur cohærentia contractus, vel potius, quod cohærentia contractus tale pactum efficax fieri non possit. Sed non immeritò ambigere licet, an huic quæstioni de pacto fideiussorio cohærentia contractus vestito, possit esse locus. Utique enim nemo pro se fideiubet, neque poterit pactum alterius vestiri per contractum cum alio gestum: & cum pacta in continenti adiecta, quæ dicuntur vestiri per coherentiam contractus, forment actionē contractus, non poterit actione separati contractus conveniri fideiussor: sed & ea demum pacta inesse & partem contractus facere possunt, quæ non sunt plane extra naturā contractus, ut ostensum *sup. part. 1. 1. disp. 6. th. 10.*

Et

Et Bald. quem Tr. ſequutus fidem Vasquii, citavit, *in l. ex placito 3. C. d. rer. permut. in quæſt.* 12. nihil huius tractat, ſed ibid. quæſt. 14. diſputat an pactum nudum poſſit veſtiri cohærentia ſtipulationis: hic autem de nudo pacto fideiuſſorio tractatur: quod ſi per ſtipulationem veſtiri eique ineſſe poſſet, iam fideiuſſio ſtipulatione facta diceretur. Altera ampliatio Tr. eſt, quod nec jure Canon. pactum nudum ſufficiat ad conſtituendam fideiuſſionem. Quod videri poſſit decidendũ ex ea quæſtione, an pacta jure Canon. producant actionem, de qua agitur ſupra *parte* 1. *diſput.* 6. *th.* 9. Sed video citatum à *Tr. Vaſq.* 1. *illuſtr. contrактov* 33. *num* 2. aſſerere, quod admiſſa licet opinione eorum, qua communiter jure Canon. ex pacto nudo actio naſci perhibetur, tamen fideiuſſio jure Canon. pacto nudo non fiat. Cuius ſententiæ rationem non ſatis exputo, neque animadverto, quomodo non poſſit valere eiusmodi nudo pacto facta fideiuſſio, ſi ex pacto efficacem actionem naſci præſupponamus, contra quam non intelligo quomodo ſe defendere poſſit, qui citra ſolennia ſtipulationis verba pro alio pecuniam ſe ſoluturum promiſit. Etenim dum dicimus, jure Canonico actionem ex pacto naſci, hoc dicimus, pactorum & ſtipulationum jura eſſe confuſa, & utriusque & pacti & ſtipulationis eundem eſſe effectum: cum etiam ſtipulatio non niſi ſcrupuloſitate quadam verborum à jure civili introducta differat à pacto, non autem jure gentium, quo promiſſionis quomodocunque factæ eadem eſt efficacia: quo jus Canonicum & recepta conſuetudo reſpexiſſe videntur.

Et ipſe Treut. *theſ. ſeq. lit. A.* mutnm ex fideiuſſione obligari affirmat, ſi ſcriptura deſuper voluntatem ſuam declaraverit: hæc autem utique non eſt ſtipulatio, per not. ipſius Tr. *diſp. præc. th.* 2. *lit. B.* Et amplius Tr. *diſput. ſeq. th.* 5. *lit. A.* novationem nudo pacto hodie fieri ait: cum tantum non minus imò magis ad tollendam obligationem civilem ſtipulatio requiratur: neque aliunde hoc defendi poteſt, quam quod pactum nudum de conſuetudine, quæ juri Canonico conformis eſt, producat actionem: quod etiam apparet ex Weſembec. quem *th. ſeq. lit. A.* citat Tr. qui *in §. item inutilis Inſt d. inutil. ſtipul.* tradit, confuſo hodie ſtipulationum & pactorum jure, mutum, ſcriptura obligari poſſe, quibus caſibus ex jure civili ſtipulatione opus eſt. Iſta quomodo

compo-

componi possint, alii viderint: ego contra Tr. hodie etiam pacto nudo rectè fideiuberi, affirmabo: nec minus jure Canon. ex hypothesi, quod eo jure ex pacto actio nascatur.

Differt igitur.] Proponuntur, in quibus fideiussor à mandatore & constitutore distinguitur. Et scilicet mandator est, qui V. C. alteri pecuniam credi mandat, adeoque juxta naturam mandati, citra stipulationem, simplici consensu, nudo pacto, vel, ut addit Tr. per epistolam: quæ posteriora verba omitti potuissent, quoniam epistola etiam modum facit paciscendi. Hæc tamen differentia, postquam nudo pacto fideiuberi potest, amplius essentialis non est. Altera traditur à Tr. quod mandatum præcedat obligationem potissimum. Quod fortassis ideo adiecit Tr. quoniam sequens ratihabitio mandato comparatur: & tamen inspecta fictione juris, qua retrotrahitur ratihabitio, & hic mandatum præcedere intelligitur. Neque aliud erit, si mandem, ut pro alio fideiubeas, quoniam mandatum hoc non consideratur aut refertur ad principalem obligationem præced. quæ nulla ex parte attingit mandatorem, sed ratione obligationis fideiussoriæ, quæ sequitur mandatum Illa autem elegans differentia est, *quod uno* ex pluribus mandatoribus electo alter non liberatur, *sed electo* uno ex confideiussoribus liberatur alter. Qua de re, quod *disput. praced. thes. ultim.* nos facturos polliciti sumus, paucis hic agemus, ad explicationem juris antiqui, quoniam *ex l. ult. Cod. hoc. titul.* electione liberationem non contingere constat. Tria autem sunt huius disquisitionis membra. 1. an ex pluribus accessionibus una electa altera liberetur. 2. an ex pluribus principalibus unius electio alterum liberari faciat. 3: an ex pluribus, hinc persona accessoria, hinc principali, una electa altera liberetur: quod membrum duplex est, an V. C. electo fideiussore liberetur reus principalis, & an electo principali liberetur fideiussor. Quod ad primum membrum attinet existimo ante Justin. licet aliter sentiat *Donell. in l. 23. C. h. t.* differentiam fuisse inter mandatores & fideiussores: mandatorum uno electo alios liberatos non fuisse, confideiussorum uno electo reliquos liberatos. Probatur ex *d. l. ult. C. h. t.* ubi hæc differentia abrogatur, & ex *l. amissi. 52. §. ult. h. t. Cuiac. 23. obs. 25. Genric. à Suerin. repetit. lect. 27.* ubi rationem petit ab exuberantia bonæ fidei in contractu mandati, cui naturali de-

mum

mum solutione satisfieri debeat. Neque obstat, quod cum fideiussor conventus exceptione divisionis defendatur, iniquum fuerit regressum adversus cæteros ei denegari. Etenim electionem hanc quæ istum effectum producit intelligimus fieri per litis contestationem, postquam exceptioni divisionis amplius non est locus: quæ quidem opinio olim Petri fuit, sed improbata cum Dd. *inf. th. 5. lit. F.* qua opinione posita, quod etiam post litem cont. sit isti locus exceptioni, vix ac ne vix quidem existimarim defendi posse, quod litis contestatione facta cum uno fideiussore, alter liberetur: cum præsertim constet divisa actione in plures non dari regressum *l. liberum 16. C. h. t.* ut prorsus alias iniqua conditio inferatur fideiussori, si post lit. cont. obiecta exceptione divisionis, non possit pro parte alterum convenire.

De altero membro respondet Cuiac. *dicto lib. 13. observat. 25.* nec jure veteri electione unius alterum fuisse liberatum, & hanc causam esse putat, quare uno mandatorum electo alter olim liberatus non fuerit, quod mandatores quodammodo principalium reorum habeant rationem: idemque tanquam certum proponit *Anton. Fabr. 11. coniect. 20.* & pro ea sententia faciunt textus *in l. 13. D. h. t. l. reos. 23. C. eod. l. 27. §. ult. mandat. l. 8. §. 1. d. legat. 1. l. si ut certo §. ult. inf. commodati l. 1. §. si apud tuos. 43 depositi.* Sed ex adverso Suerin. *d. cap. 27* hanc sententiam falsissimam esse nimis audenter pronuntiat, cum nec ad istos textus respondeat, & ratio qua movetur non usque adeò magni momenti esse videatur: quod videlicet unius petitione tota tollatur obligatio *l. 31. §. 1. d. novat. l. 16. d. duob. reis.* Etenim textus illi de duobus correis stipulandi & credendi agunt, quorum unus si petat, totam consumit obligationem, quo etiam pertinet *l. 2. d. duob. reu.* non autem si uno ex duobus correis credendi petente, alteri facultas agendi præcluditur, protinus rectè infertur, electione unius correorum debendi alterum liberari Et tamen pro Suerin. non ineptè ista consequentia hoc modo validari videtur. Si petitione unius correi tota obligatio & omne jus in judicium deductum est, sequitur nullam superesse actionem contra alterum. Atquin verum est prius, quod aliàs dici posset, nec impediri alterum correum, quo minus actione instituta experiatur: ergo etiam verum est posterius. Nisi dixeris, eum qui agere prævertit, jus illud sibi proprium fecisse, et-

iam contra alterum, perinde ac si huic soli singuli initio solidum promisissent. Sed mihi nescio qui magis arridet sententia Suerin. quoniam rationi iam adductæ satisfactum non videtur: siquidem constat, in uniuscuiusque correorum debendi persona in solidum consistere obligationem perinde ac si unus initio solus promisisset, *l. 2. l. 3. § 1. l. 9. § ult. d. duob. reis l. 31. § 1. d. novat.* ut proinde necessum sit, per actionem in judicium deductam totam obligationem consumi. Et verò, si ita jus fuit in duobus fideiussoribus, idem erit in duobus reis principalibus, quoniam nulla hic occurrit differentiæ ratio. Facit *d. l ult. C. h. t.* in qua hoc primum constitutum videtur, ne electione unius rei creditor sibi præindicet. Facit etiam *l. 51. §. ult. d. evict. & l. 116. d. V. O.* à contrario sensu, quia JCtus in ea specie Titio convento Mævium liberari negat, quoniam non sint duo rei eiusdem obligationis. Facit itidem à contrario sensu *l. ult. in princ. d. reb. cred.* Et videamus, an ad contraria probabiliter responderi possit: & ad *l. 13. h. t. & l. 27. §. ult. mandati*, quas adducit Fab. quod loquantur de duobus mandatoribus, quorum ante specialem diximus esse rationem. Eod. refero *l. reos 23. C. h. t.* ut videlicet à reo principali ad mandatorem & viceversa reverti liceat. Eod. pertinent *l. 5. §. ult. commodati l. 1. §. 43 depositi*, quoniam sunt hi contractus bonæ fidei, in quibus ead. militat ratio quæ in mandato. Sed & contractus qui re contrahuntur, & ex iis nata obligatio difficilius videtur simplici electione consumi: quamvis & ibi dicantur esse quodammodo duo rei, ut ipse docet *Cuiac. libr. 26. obs. 26* Eodem deniq; referri potest *l. 8. §. 1. d. legat.* quoniam actio ex testamento in multis sequitur naturam bonæ fidei judiciorum argum. *l. 34. d. usur. & l. 3. C. in quib. caus. in integr. rest.* quamvis etiam dici possit, non esse revera ibi duos correos, sed hactenus saltem duos hęredes damnatos dare, cum duobus reis comparari, quod singuli hæredes in solidum teneantur. Omninò cum testator procul dubio in solidum legatum præstari voluerit, eius voluntas per subtilitatem juris non est circumvenienda. Circa primam inspectionem tertii membri, an electa accessione liberetur reus principalis negativè respondendum videtur, ne absurdè per accessorium tollatur principale: quanquam fideiussores eandem sustineant obligationē quam reus principalis, & ex ratione juris veteris ante principalem potuerint

con-

conveniri: & Justin. *in d.l. ult. C. h.t.* tanquam novi juris autor non vult ut electis fideiussoribus liberetur reus principalis: nisi dixeris, quod Justin. propter connexitatem, iis casibus quibus novum jus constituit, adiunxisse eos, quibus jure veteri idem obtinebat. In postremo casu, an electione rei principalis, liberetur fideiussor, admittit Cuiac. & probat affirmativam, & differentiam mandatorum & fideiussorum, quod illi reo principali electo non liberabantur: quo pertinet *l.13. h.t. l.27. §. ult. l.58. inf. mandati. l. ultim. in princ. C. h.t.* textus elegans *in l.22 §.1. mandati*, ubi dicitur si creditor rogatu fideiussoris cum reo fuerit expertus, superesse regressum contra fideiussorem, ut videlicet conveniatur sub qualitate mandatoris. Sed occurritur *ex l. ultim. inf. C. d. usur. rei judic.* ubi ait Justin. olim intra tempora quæ reis judicatis dabantur, fideiussores interpellari potuisse: ut proinde verum esse non possit, per electionem fideiussores fuisse liberatos. Responderi fortasse potest, effatum istud Justin. pertinere non ad quosvis fideiussores, sed eos in specie, qui judicatum solvi promiserunt: vel quod pertineat ad casum, quo reus & fideiussor simul condemnati fuerunt, quod & Accurs. placere, sed mihi vix satisfacere videtur, quippe quod in fideiussoribus condemnatis eadem prorsus ratio militet quæ in reis. Neque prius illud satisfacit, vel quia textus generalis est, vel quia Iustin. idem in mandatoribus & fideiussoribus obtinuisse tradit. Sed neque dicere possis, quod *d.l. ult. C. d. usur. rei udic.* recentior sit *l. ult. C. h. t* qua abusi aliqui reis negaverint illud laxamentum: etenim exiguum forte intervallum efficere non potuit, ut antiquitati illud imputaretur. Mihi sane hic aqua hæret, & haud scio, annon istud inter errata Tribon. fortassis non rectè antiquum jus accipientis, sit referendum. Sed cum hodie jus novum & certum habeamus, *in l. ult. C h.t.* non magnoperè hic laborandum est: & ideò, unde digressi sumus & ad Tr. revertamur. Proposuimus priorem partem secundæ differentiæ, quod mandatum præcedat obligationem: fideiussio autem sequitur ex natura sua: licet enim dicatur *in §. fideiuss. r. 3. h.t.* quod præcedere & subsequi possit, attamen antequam existat principalis obligatio, nulla revera pura, sed conditionalis potius est fideiussio, quæ postea perinde ac si subsecuta fuisset, habetur: unde *in l. non quemadmodum 35. d. iudic.* interim in pendenti esse dicitur: eoq;

pertinet *l. fideiuss r 57. h. t.* non posse conveniri fideiussorem, antequam aliquis debeat. Differentia fideiussionis & constituti, hodie amplius essentialis non est, sed ea, quod quis etiam constituat debitum proprium. Illud omnibus accessionibus commune est, quod requirant aliam obligationem cui accedant.

Stipulatio porrò.] Hoc magis pertinet ad disp. præced. quoniam sicut ubi scriptum est promisisse aliquem, aut stipulationem factam esse, assertioni creditur *§. si scriptum Instit. d. inut. stipul* ita etiam, si scriptum sit, fideiussum esse, ea quæ ad fideiussionem necessaria sunt, intervenisse præsumuntur: quoniam est ita præsumtio veritatis, quæ militat in dubio pro instrumentis, ut tractatum supra *disp. 5. th. 5 lit. B* hodie tamen nihil necessum est, ut stipulationem factam præsumamus. Illud autem vel obscurum vel dubium, quod Tr. ait, adversus eiusmodi scripturam, ne testem quidem audiri: siquidem *Iustin. in §. item verborum. 11 Instit. d. inut. stipul & in l 14. C. d. contrah. stipul.* in iisdem terminis non tantum probationem contrariam, sed nominatim per testes admittit: cum nec hac in re differentiæ ratio inter probationem per testes vel instrumenta reddi possit. Neque apparet, quo sensu excipiat Tr. casum *in d. l. 14. C. d. contrah. stipu.* ut suspicari liceat, istud aut non rectè intellectum, aut non rectè propositum esse à Tr. siquidem in ipsa l. 14. probationes per testes & instrumenta comparantur: quin imò cum Justin. *in d. l. 14. & in d. §. 11. Instit. d. inutil stipul* hoc quoque instrumento adscriptum fuisse proponat, quod partes fuerint præsentes, tanto minus probatio contraria audienda erat, quam tamen admittit Justin. Cæterum fallacia etiam hic est diversæ quæstionis, an directo contra instrumentum admittatur probatio, quod V. C. non fuerit interposita stipulatio, an per obliquum, quod partes fuerint absentes: quo probato efficitur, stipulationē non intercessisse: eamque probationem citatis locis admittit Justin. Sed citatus *Mascard. concl. 781. num. 5.* negat admitti contrariam probationem, si probatum fuerit partes fuisse præsentes: quod verum est, si hanc probationem liquidam esse constat, nam aliàs reprobatorios V. C. testes producere licebit.

LIT. C. & D.

Tuto credi spondet.] Hac nimirum de causa fideiussores accipi, ut diligentius creditorib. cautum sit, ait *Iustin. in pr. Inst. h. t.* sed cum ipsa

ipsa fideiussionis appellatione hoc satis comprehendatur, nihil necessum erat, in definitione hoc verbis exprimi: & illa quoq; supervacua videntur, *suo periculo & fide*, quod præsertim utraq; differentia idem significare videatur, siquidem Tr. verbum, *tuto*, ita explicat in exegesi, *maioris securitatis gratia*. Ambignũ etiam est, spondere tuto credi suo periculo & fide: hoc enim quasi naturam mandati sapere videtur. Illud autem huc non pertinet, quod fideiussio subsistat, si reus principalis sine hærede decesserit: quod remittimus ad th. ult.. ubi de modis quib. fideiussio extinguitur: *& ad th. 3. in pr.* quod hac lit. C. adiicit Tr. rectè accipi fideiussorem ante aditam hæreditatem: hoc enim pertinet ad tractationem, an fideiussio semper requirat præexistentem obligationem.

LIT. E.

Debitore manente obligatio.] Commune hoc est fideiussioni cum constituto & mandato: differt autem in hoc fideiussor ab expromissore, qui hoc nomine opponitur fideiussor *in l. 37. in f. d. oper. libert.* & hinc *in l. 4. condict. caus. data* reus liberatus dicitur dare expromissorem, qui hac de causa in specie reus appellari solet *l. 7. §. S. d. dol. mal. l. 64. § 4. solut. matr.* & qui expromissorem dat, per novationem liberatur, veluti si quis promittat, se soluturum quod Titius debet, *arg. l. 30. §. 1 d. pact.* ut proinde non intelligam, quare Tr. dicat, liberationem contingere per quasi novationem.

THESIS II.

LIT. A.

Hic tractatur de personis quæ fideiubere possunt, de quibus hanc regulam tradit Tr. quod qui rectè stipulentur etiam rectè fidejubeant: & excipit infantes, pupillos, prodigos, furiosos. Sed hi omnes sub locum communẽ de obligationib. pertinent, quia non tantum non stipulari, sed nullam obligationẽ contrahere possunt. Illa autem revera exceptio non est, de furioso dilucida intervalla habente juxta *l 2. C. d contrah. emt* quia in istis intervallis non consideratur ut furiosus. An autem quid præsumatur actum tempore intervalli, nec ne, ab hoc loco alienum est, & tractat aliquid de eo *Ant. Herug. d. fideiuss. c. 7. n. 115.* Mutus magis propriè hic excipitur, quia loqui non potest, *l. 1. d. V. O.* an autem possit fideiubere per scripturam. paulo ante est explicatum.

Minor tamen.] Paſsim Tr. hanc ſententiam defendit, quod minor etiam ſine autoritate curatoris civiliter obligetur, de quo actum ſupra *part.* 1. *diſp.* 6. *theſ.* 5. *lit.* C. quin autem reſtituatur etiamſi cum curatore contraxerit, dubium non eſt. Quatuor autem caſus quibus etiam citra ſpem reſtitutionis obligetur minor, etiam ſine curatore contrahens, hic proponit Treut. 1. ſi in rem quam fidejubeat *l.* 8. §. 1. *qui ſatisd. cog.* 2. ſi dolo deceperit alium, & V. C. maiorem ſe profeſſus ſit de quo actum *d. part.* 1. *diſput.* 11. *theſ.* 12. *lit.* C. & *th.* 13. *lit.* E. 3. ſi pro patre ex carcere liberando fideiuſſerit, quam exceptionem ſumma ratio & æquitas commendant, & probatur ex N. 115. *capit.* 3. §. 13. *auth. ſi captivi* C. *d. Epiſc. cler.* ubi in genere ſancitur, ut qui pro redimendis captivis contractum facit, perinde obligetur, ac quivis legitimæ & perfectæ ætatis: quamvis aliud ſit captivum apud hoſtes eſſe, aliud captivum fortè ex juſta cauſa in carcere detineri: ſed tamen & hic pietas ſuccurri ſuadet patri. 4. ſi jurato fideiuſſerit, de quo & effectu juramenti minorum actum eſt *d. d ſp.* 10. *th.* 9. quamvis facilius in fideiuſsione præſumi poſsit dolus, quo caſu ſuccuri minori dictum eſt *ead. diſp. th.* 10.

LIT. B.

Quidam qui ſtipulari poſſunt, non rectè tamen fideiubent, & ut Tr. ait, fidejubere prohibentur: ex eo numero 1. eſt mulier, juxta *l.* 1. *ad Vellei.* ubi dicitur cautum eſſe SCto ne fœminæ intercederent: quamvis non tam illo SCto prohibitæ mulieres, quam ipſarum favori hoc datum videatur, ut contra interceſsiones defendantur: cæteroquin vix ei beneficio renuntiare poſſent, maximè extraiudicialiter, quod tamen admittit Tr. de quo actum ſupra *part.* 1. *d ſp.* 25. *th.* 4. unumquodque enim ſuo loco tractandum eſt. Eodemque pertinet cautela hic propoſita, ut quoniam à notario de beneficio ſuo certioranda eſt mulier, examinetur notarius, qui inſtrumentum fecit de ſententia SCti Vellejani, quoniam nemo aliquem certiorare poſsit ſuper re quam non intelligit & ignorat. Huius autem rei ignorantia ſi deprehendatur in notario, quæritur quid juris ſit: circa quod triplex occurrit opinio: prima, quod inſtrumentum & renuntiatio ſit nulla: altera quod renuntiatio & inſtrumentum in vigore ſuo maneant: tertia, intermedia, quod inſtrumenti quidem fides minuatur, ſed renuntiatio vires

ſuas

ſuas retineat: quam poſteriorem ſententiam probat Treut. poſt *Alciat. in l. ſi quis pen. C. d. pact. num.* 44. Sed iſta opinio inſubtilis mihi videtur: quoniam cum hic an ignorantia notarii renuntiationem inutilem faciat nec ne, diſputetur, non animadverto, quidnam ad rem faciat illa imminutio fidei, ſiquidem renuntiatio ſalva manet: ut proinde reſponſio hæc & deciſio nihil ad quæſtionem propoſitam facere videatur. Et ratio quæ ab Alciat. & Tr. proponitur, quod per imperitiam notarii non debeat auferri jus crǽditori quæſitum, pugnat pro altero extremo, quod inſtrumentum & renunciatio valida cenſeri debeat: quoniam hic non diſputamus de omnibus inſtrumenti partibus, quas in robore ſuo manere nihil impedit, ſed ea parte inſtrumenti quæ renuntiationem concernit: quam ſi valere dicimus, cautela hæc, quam tamen elegantem vocat Tr. inepta futura eſt, quoniam fruſtra examinabitur notarius, ſi eius detecta imperitia nihil detrahit renunciationi. Et ego omninò magis probo alterum extremum, quod renuntiatio ſit habenda pro nulla: cui ſententiæ non valde obſtat jam dicta ratio, quoniam cum certioratio ſit neceſſaria, & quaſi eſſentialis ſolennitas, ſiquidem renunciatio valere debet, neque ut ipſe Tr. ait, quiſquam certiorare poſſit alium de eo quod ipſe ignorat, neceſſario conſequi videtur, quod eiusmodi certioratio nulla, etiam renunciationem ei innitẽtem, nullam efficiat. Neque debemus hic tantum conſiderare intereſſe creditoris, ſed etiam & magis autoritatem SCti, à quo favori mulierum ſpecialiter introducto nimium recedendum non eſt: cum exiſtimari poſſit, mulierem renuntiaturam non fuiſſe, ſi beneficium ſuum rectè intellexiſſet. Unde cum potior hic ſit cauſa mulieris, ei potius favendum, quam creditori, cui imputari poteſt quod imperitum adhibuerit notarium, & cui etiam regreſſus datur contra notarium, cuius imperitia in officio quod profitetur, damnum accepit, ut veriſſimè ſcribit *Geil. lib. 2. obſ.* 77.

LIT. C.

Milites.] Conſtat creditorem jure recuſare, ne militem fideiuſſorem accipere cogatur *l.* 8. §. 1. *qui ſatisd. cog.* ſed quæritur an à volente creditore utiliter accipiatur, & ipſe miles hoc caſu efficaciter fideiubeat & conveniri poſſit. Quod affirmandum videatur, eo argumento, quod licet miles procurator eſſe non poſſit §. *ult.*

Inſt.

Inst. d. except. ab adversa parte tamen si admittatur, judicium subsistat *l. ita demum* 13. *C. d. proc.* Sed responsio facilis est, per inficiationem consequentiæ: quoniam simplex consensus & approbatio partis adversæ, non facit ut miles possit esse procurator, adeò ut nec expresso consensu nec rescripto Imp. hoc fieri possit *l.* 7. *C. de proc. d. § ultim. Instit. d. except. l.* 8. §. 2. *d. proc.* sed litis contestatio hoc operatur, ut rectè intervenisse milites videantur *d. l.* 8. §. 2. *& l.* 13. *C. d. procur.* quod supra fieri diximus ex mera & subtili ratione juris, quod per litis contestationem miles procurator, dominus litis factus est, ut ei amplius exceptio, quæ præsertim dilatoria est, alieni suscepti negotij, obiici non posse videatur. Et aliàs sub istam classem miles non rectè referretur, siquidē habilis per se ad fideiubendum, tantum propter privilegium fori recusari posset. Sed nimirum apparet specialem & propriam causam in militia ipsa positam esse, per *l. milites.* 31 *C. locati.* quamvis enim ille textus restringi posse videatur ad conductores colonorum, argum. eorum quæ ibid. sequuntur, attamen & verba priora generalia sunt, & ratio generalis, alibi etiam in casibus non prorsus diversis expressa, veluti in *l. mil tes* 15. *C. d. re milit.* ubi milites aliis negotiis abstinere & perpetuo signis suis adhærere jubentur: & *in l. un. C. negotiatores ne mili'ent*, ubi negotiari prohibentur, qui nomen militiæ dederunt: & vix est ut non per fideiussiones litibus quis & negotiis implicetur. Vide Gœdd. *d. contra stipul. cap.* 7. *conclus.* 17. *numer.* 30. *Harug. d fideiussor. cap.* 7. *numer.* 160 *& sequen.* Quærit autem Treut. an hoc etiam ad milites nostri temporis pertineat: quod ex quæstione tractata supra *disput.* 10. *thes.* 6. decidendum putat, an milites nostri temporis possint testari jure militari. Atquin hoc favoris, ut autem fideiubere non liceat, odium quoddam & onus implicat. Attamen si favorabilia tribuimus militibus nostris, qui considerati qua tales deterioris conditionis esse videntur, ab odiosis immunes eos facere non debemus. Sed omninò ab eo quod *d. disp.* 10. tractatur, huc inferri non rectè existimo: quoniam illius ratio est in mero posita favore, huius autem in occupationibus militaribus, à quibus per alia negotia distrahi non debent. Et hic apparet specialis quędam conditio militum Romanorum, de quibus jam citatæ constitutiones loquuntur, qui militiam perpetuo tanquam artem & quæstum exercebant, collocati sub ducibus suis in provinciis

vinciis

vinciis præcipuè ad imperii limites, ne eos hostes perrumperent, ut maximè interesset reipubl. milites ab aliis negotiis vacuos frequentes esse sub signis. Cuiusmodi militia si hodie præsupponatur vel certè similis, etiam juri huic locum esse concedam: non obstante prolixa & valde jejuna querela quam hic instituit Hering. de collapsa apud nos disciplina militari: cuius rei non exigua culpa in ipsis ducibus hęret, qui vel imperitia officium facere nō possunt, vel militibus stipendia non numerantes officium facere non audent, sed quibusvis flagitiis connivere coguntur.

LIT. D.

Servi.] Ita jus est, ut ex contractibus servorum qui peculium habeant dominus etiam ignorans obligetur & teneatur actione de peculio, quoniam semel & in genere concedendo peculium facultatem etiam contrahendi permisisse intelligitur *l.* 1. §. 5. *d. acquir possess.* Unde excipiuntur casus, quos dominus servo permisisse non præsumitur, veluti, donare, fidejubere, mandare, & in genere intercedere, quoniam in his ferè non nisi damnum inesse potest *l.* 3. §. 5. *&* 6. *d. pecul.* Et hoc ita si V. C. fideiubeat extra causam peculiarem, quoniam fideiussio ex peculiari causa, utpote accessoria principalis obligationis quæ ritè contracta est, subsistit, & exinde peculii utilitatem concernere intelligitur: idque est quod dicit JCtus *in d.* §. 5. in servo fideiubendi causam spectandam esse. Et pertinent huc *l.* 19. *&* 20. *D. h. t.* quæ non sunt indignæ brevi resolutione. Prima distinctio est, an sevus fideiusserit sciente domino, & proculdubio tenet obligatio: an extra causam peculiarem inscio domino: & hic fideiussio pro nulla est, eoque nec actio competit, & soluti quoque repetitio est: quod distinctim explicatur per duos casus, quorum primus est, si servus ipse solverit: quod factum est aut ex pecunia dominica, & nummorum vindicatio est, aut ex peculio, & condictio est: non quod hic etiam pecunia domini non sit, sed quod non eodem modo sit: quoniam propter jus in peculio servo concessum: per solutionem peculiaris pecuniæ ex justa causa, vel quam ut in hoc casu servus justam putabat, factam, dominium translatum esse videtur, ut rectè notat *Bart. in l. servus inscio.* 19. *h. t.* Secundus casus est, si ipse dominus solverit: & itidem repetitio est, ut docet *l.* 20. *h. t.* ita ut condictio detur contra creditorem apud quem servus fideiussit, & cui pecuniam nu-

meravit, non autem contra debitorem, pro quo servus fideiusserat: cuius ratio redditur *ind. l. 20.* quoniam ut hic actione quasi mandati teneatur, necessum est, ut per solutionem sit liberatus: atquin hoc casu solutione domini non liberatus est debitor, sed adhuc obligatus est: cuius porro ratio redditur in extremo *l. 20.* quod debitor eius pecuniæ solutione & ex ea causa liberari non potuerit, cuius obligatio ad servum non pertinuit: id est, cum nulla fuerit fideiussio servi, pecunia quoq; ex causa illius soluta non potest proficere debitori ad liberationem. Sed quod pecuniam etiam à domino solutam repeti posse dicitur, ei obstare videtur *l. si alienus 66. h. t.* Puto, licet Bart displiceat, veram esse responsionem Accurs. quod dominus in ea specie approbaverit fideiussionem & solutionem servi, vel verbis, vel facto, intentando videl. actionē mandati contra Titiū debitorem: factū autem hoc, dictare actionem mandati, satis potens est ad inducendā ratihabitionem, de qua *ind. l. 66.*

Etsi non nego.] Non obstantib. iis quæ dicta sunt nihilominus servum naturaliter obligari affirmat Tr. licet extra causam peculii fideiusserit: contra *Accurs & Bart. in d. l. 20.* quorū hæc ratio est, quod ibi fideiussio pro nulla habeatur, & ex ea servum obligari posse negetur, adeoq; lex obligationi resistat. Sed non difficulter respōdetur pro Tr. obligationē haberi pro nulla contēplatione domini, & ad eum effectum, ut ne inde ullum præiudicium domino generetur: cæterū absolutè obligationē non improbari. Et hinc nō obstat, ꝙ naturalis obligatio inhibet condictionem: quoniā inhibet ei, qui ipse contraxit, secus si alius, quē ea obligatio ita statuente jure non cōtingit: quod si n. servus post manumissionem ex fideiussione præcedenti solverit, condictioni locum esse negabo. Enimvero distinctio hæc, an ex causa peculiari nec ne fideiussum sit, juris est merè positivi, neque aut in persona servi aut in conditione obligationis inducit diversitatem: quin & actio de peculio magis ex edicto prætoris nascitur, quam ex obligatione servi, hanc utique non consumit *l. eo tempore. 50. §. 2. d. pecul.* Illa autem ratio qua Tr. post Gothof. utitur, quod consenserit servus, cautione eget: quoniam & qui interroganti annuit, consentire utique videtur, quem tamen nec naturaliter obligari responsum est, iuxta tradita *disp. praeced. th. 1. lit. F.* sed & pupillus infante maior & multo magis fœmina intercedens consentiunt, quib. tamen condictio indebiti datur *l. 40. in pr. & 41.*

d. con-

d.condict.indeb. Ideoque distinguendum hic est, quod obligatio naturalis aut consideratur in abstracto & in essentia sua & ex mero jure gent. qua consideratione causâ eius adæquata rectè collocatur in consensu, & eo tamen ad obligandū sufficiente, de quo alibi agitur: aut ad rationem reip. alicuius, veluti Romanæ, pênes quam scil. potestas est, etiam naturalem obligationem, moderandi, conformandi, & ex certis causis aliquando eam quæ revera subest, effectibus ademtis infirmandi, & pene annullandi: quod in pupillo, prodigo, muliere fideiubente &c. contingit.

LIT. E.

Aliud hoc genus personarum est, quæ fideiubere quidem, sed quas tamen creditores ex certis causis jure recusare possunt. Earum causarum, tres fere esse videntur: & prima quidem *Ætas*, de qua *in pr. h. lit.* agit Tr. quoniā sc. licet ipso jure obligatio subsistat, ætas tamen lesione probata locum restitutioni & ita inutilē creditori fideiussionem facit: ideoque utcunque minor consensu curatoris fideiubeat non tenebitur eum accipere creditor, quoniam & hic restitutio datur, cū præsertim curator in his terminis cōsensum præbens, officii sui limites excedere possit videri. Altera causa est *privilegium fori*, quia constat idoneitatē fideiussoris, non tantū ex facultatibus, sed etiam ex facilitate conveniendi æstimari *l. 1 in pr qui satisd. cog.* textus in hanc rem expressus *in d. l. 1. in pr. si quis in ius vocatus non ierit.* Non tamen abs re est, licet hoc improbet Tr. quod Bartol. notat *in l. qui satisdare 3 h. t. n.* 10. & post eum non obscurè sed perspicuè probat *Gomes. 2. var. resolut.* 13 *num.* 8. quod textus *in d. l. 1.* pertineat ad fideiussorem de judicio sistendo, qui nisi eiusdem jurisdictioni subiectus, nō potest videri idoneus: cætero quin in alio fideiussore qui pro obligatione aliqua ex contractu intervenit nō impedire privilegium fori, quo minus eum accipere teneatur creditor, quod sufficiat eum licet non coram magistratu creditoris, alibi tamen efficaciter posse conveniri. Sed distinctio adhibenda videtur, inter privilegium fori, eiusque qualitatem: quod si eiusmodi sit, ut non magnam inducat difficultatem & incommoditatem conveniendi, non sufficiet ad recusandum oblatum fideiussorem: V. C. si quis in Academia cum studioso contrahens, eiusdem oppidi civem locupletē offerat fideiussorem: sin autem fideiussor oblatus sub alieno territorio præsertim remotiori domici-

lium habeat, jure merito talem recusari dixerim, quod eiusmodi hominem convenire & exigere, non leves habeat incommoditates, & locum hic habeat ratio *l. 2 in princ. qui satisd. cog.* Et huc pertinet quod Tr. ait, forensem, qui non est de homicilio creditoris, non esse idoneum fideiussorem, & immobilia in loco domicilii sui possideat: quamvis existimaverim, etiamsi in loco domicilii creditoris eiusmodi bona habeat, idoneum videri non debere, quia ab executione & immissione in bona incipere fas non est, sed quisque reus prius actione personali instituta more judiciorum est conveniendus. Neque quenquam hic dissentire existimo, certè non dissentit Zas. malè citatus, qui *in parat. D. qui sati d. cog.* (nam ad L L. sub eo tit. non scripsit.) *numer. 6.* docet, quod clericus non sit idoneus fideiussor, nisi coram suo judice: & tanto minus adeo Zas. admittet forensem idoneum esse fideiussorem. Et tamen in clerico aliud statuit *Bart. in d. l. 3. h. t. num. 11. & post eum Gomez. d. cap. 13. num. 8 & 11.* quod satis sit eum coram judice suo exigi posse. A qua sententia cum Treut. recedo, cum nimis multa privilegia hoc genus hominum habeat. Quin amplius existimaverim contra Treut. clericum regulariter inidoneum fideiussorem, *sub classem priorem referendum & cum milite coniungendum esse.* Etenim videtur hac in re utriusque militiæ eadem esse ratio, cum non minus imò magis clerici divinis officiis vacare continenter debeant: quæ ratio in diverso genere occupationis militem armatum prorsus inidoneum fideiussorem facit. Confirmatur hæc sententia ex *Nov. 123. cap. 6.* ubi licet non universaliter tamen ex hac ratione Justinianus clericos non vult esse fideiussores: & ex *cap. pen. extra. h. t.* ubi licet clericus pro Ecclesia fideiubere velit, consensus tamen superiorum requiritur: & ex textu generali cuius inscripto præfert concilii esse canonem *in capit. 1. eod. tit. & ex cap. te quidem. 29. caus. 11. quæst. 1.* ibi *ne fideiussor existas*: & ratio additur, ne secularia negotia abstrahant à studiis sacris: & denique *ex Leonis Nov. 86.* qua clerici sponsionibus & aliis id genus negotiis se implicantes, excommunicantur, & ad tempus ad officio suspenduntur, & in hanc rem autoritas decreti Apostolici advocatur. Accedit textus generalis *in cap. 1. extra, ne clerici vel monachi &c.* quo personis istis negotiis secularibus interdicitur: & hanc opinionem communem esse colligere licet *ex Anton. Hering. d. fideiuss. cap. 7.*

cap. 7. num. 239. Neque jam dd. textibus video quicquam respondeti à diss. *Gomez. 2. resol. 13. num. 18. Gœdd. d. contrah. stipul. cap. 7. conclus. 18. numer. 306. neq; à cit. Marsil. ad rubric d. fideiussor. num.* 309. ubi hoc tantum ait, clericum non debere fideiubere, sed tamen si faciat, obligari. Neque valde obstat *cap. 2. & 3. extra & fidei ss.* quia sunt ponendi termini habiles quibus jure clericus fideiubere potest, veluti si impetrato consensu ex justa aliqua & necessaria causa, & V. G. pro coniuncta persona aut alio clerico fideiubeat: etenim regula ista habet suas exceptiones, quas tradunt *Hering. d. loc. num. 249. & seqq. & Valentin. Franc. d. fideiuss. cap. 2. num.* 243. qui aliàs *num.* 218. magis putat clericos fideiubere prohibitos esse: sicut & *Menoch. d. arbitrar. libr. 2. cas. 432. cent. 5. numer.* 1. scribit, clericum pro transgressore haberi & puniri, si non impetrato consensu pro alio fideiubeat: quamvis idem *Menoch. libr. 2. præsumt 46. num. 15.* cum Valent. Franc. & aliis citatis ab *Hering. d. num.* 249. existimet tenere & valere fideiussionem clerici, si ex adverso nihil opponatur.

Tertia causa propter quam quis recusari potest, est *paupertas* per *l. 2. qui satis. cog.* ex qua apparet, an idoneus sit fideiussor, principaliter ex facultatibus æstimari: quod aliàs creditor finem suum propter quem accipit fideiussorem *in princ. Instit. h. t.* obtinere non posset. An autem fideiussor locuples videatur, præcipuè ex re & quantitate debita æstimandum est: sicut & aliquando qualitas personæ debitoris facit ut minus idoneus fideiussor admittatur *l. 2. §. prætor ait D. qui satisd. cogant.* qua de re & an fideiussorem immobilia possidere oporteat tractat *Hyppolit. d. Marsil. quæst. 32. num.* 227. *& seq.*

Lit. F.

Quos tamen qui accepit.] Nimirum fideiussorem per se non idoneum, facit idoneum approbatio creditoris cui cavendum est: adeò quidem, ut juxta Tr. in exegesi creditor qui talem fideiussorem accepit, cum eum probasse censeatur, tutiorem cautionem petere non possit, etiamsi ignorantiam prætexat, id est, (hoc enim vult Tr.) quod ignorantiam prætendere non possit: quo pertinet *cit. l. 19. d. reg. iur.* quod quisque sit vel esse debeat gnarus conditionis eius cum quo contrahit: & quod paria sint scire & scire debere, quo pertinet *l. 5. si cert. pet.* & proinde ignorantia eiusmodi

videatur esse lata culpa, quo pertinet *l. lata. 223 d. V. S.* Sed fortassis *d. l. 9* pertinet ad statum & conditionem personæ, an quis sit mulier, pupillus, minor, servus vel filiusfam. &c. sed ad privilegium fori & facultatis, & istius rei ignorantiam, quæ minimè lata culpa dici potest, citati textus male referri videntur, cum præsertim creditor quasi incidat in fideiussorem oblatum à debitore: ut merito audiri debeat ignorantiam tolerabilem allegans. Neque hic inter se dissentiunt, ut malè eos allegavit Treut. Alexand. & Marsil. qui *numer.* 73. simpliciter quidem proponit, posse allegari & prætendi ignorantiam, sed statim subiicit opinionem Alexandri & in ea acquiescit, creditorem audiendum non esse, nisi justissimam allegans ignorantiam, vel dolum debitoris. Cæterum in quæstione hac distinguendum est, an fideiussor datus & acceptus sit ex numero eorum, qui prohibentur quodammodo fideiubere, veluti clericus, mulier, miles: an verò ex classe secunda eorum qui saltem propter privilegium fori aut tenuitatem facultatū possunt recusari. Pertinet hoc ad explicationem *l. 3 h. t.* in qua videlicet existimandum non est, quod unus tantum sit casus, & quod *vers. fin. plane si,* referendus sit ad casum initio propositū & accipiendus de iis, qui ex causa fideiussionis non obligantur & conveniuntur: sed omninò, quomodo etiam à Bart. post gl. locus ille explicatur, statuendum est duos ibi tractari casus, & duos proponi ordines personarum: alterum earum, quæ ex fideiussione non obligantur *in pr. d. l. 3.* alteram *in d. vers. plane si,* earum quę in specie dicuntur non idoneę. Idque suadet phrasis *in d. l 3.* bis usurpata, *si dederit fideiussorem,* quæ *in pr. & fin.* æqualiter usurpata à JCto; æqualiter etiam utrobique est explicanda. Atquin ea *in f. l* significat non oblalatum sed datum & acceptum fideiussorem, siquidem ait JCtus, si non idoneum fideiussorem dederit, satisfactum esse creditori, qui eum admisit: ergo etiam *in pr. l.* ita illa phrasis erit accipienda. Ex quo consequitur, quod in primo casu licet creditor stipulatus sit à tali persona quæ fideiussor esse non potest, eum nihilominus alium fideiussorem jure petere posse: quoniam JCtus negat debitorem implesse stipulationem satisdationis, atq; satisfecisse creditori: quod affirmat in altero casu *in f d. l. 3.* Et porrò igitur etiam qui sciens vel in jure errans, accepit fideiussorem mulierem, militem &c. nihilominus alium fideiussorem petet, quod & Bart. notat *in d. l. 3. n. 7. in f.*

inf. Ratio autem huius rei, (quoniam videatur & hic imputari posse creditori,) perhibetur, vel quod ita lex offendatur, quæ huiusmodi personas non vult esse fideiussores, quá rationem cit. loco *n.* 8. refert Bart. vel potius quod non tantum considerandum est, quid imputare possit creditori, sed etiam & magis, quid huiusmodi obligatione, qua quis fideiussorem se daturum promisit, contineatur, quoniam V.C. datione militis vel clerici huiusmodi obligationi non satisfit *d.l.3.in pr.* & huiusmodi personæ in ea promissione fideiussorum appellatione non comprehenduntur, & proinde obligationem & promissionem in suo statu & integram manere necesse est: idq; est quod Bart. ait, quod eiusmodi fideiussorem dans nihil agat & nec debitorem nec fideiussorem constituat. Et itaque Tr. qui creditorem eo ipso dum accipit non idoneum fideiussorem, aliam cautionem tanquam illa contentum petere posse negat, de posteriori genere personarum, quæ propter privilegium fori aut facultatum tenuitatem idoneæ non sunt, est accipiendus.

Quid si ex post facto.] Quæritur si fideiussor eo tempore quo datus & acceptus est, idoneus, postea idoneus esse desinat, an alium debitor substituere teneatur: & distinguit Tr. an quis ex conventione obligatus sit aut fuerit dare fideiussorem, veluti in specie *l.* 14. §. 2. *d. const. pecun.* an vero fideiussor dandus fuerit & datus sit ex necessitate pro forma contractus & legis dispositione. Sed hæc duo non rectè coniunctim requiruntur, siquidem lex etiam extra causam contractuum de fideiussore dando disponit: cæterum si incipias à priori & à forma contractus, rectè illa duo coniunguntur, quoniam contractus natura sua satisdationem non requirunt. Posterioris autem membri, quod satisdatio, quam lex vel edictum prætoris requirit, fideiussore forte facultatibus lapso, jure iterari petatur, exempla sunt in stipulationibus prætoriis, & in genere, *in l.* 4. *d. prator. stipul.* in specie *in l.* 8. §. 3. *& in l.* 10. §. 1. *qui satisd. cog. l.* 20. §. *& si.* 14. *d. novi oper. nunt. l.* 4. *ut in possess. legat.* Et habet ista pars distinctionis tum facilem exitum, quoniam officium magistratus quod moderatur æquitas, pro repetenda cautione imploratur tum rationem non obscuram, quod ea pro quibus satisdatur, habent, ut ita loquar, tractum temporis, *iudicatum solvere, uti arbitrio boni viri &c.* neq; sufficit ex mẽte prętoris, cautum esse, nisi cautũ duret: Sed altera distinctionis pars per textus, quo

quos citant Bart. Marsil. & post eos Treut. non satis probari videtur: non per *l. 4. de hereditate vendita* non etiam per *l pupill. 96. §. soror 2. d. solut.* ubi obstante exceptione pacti propter transactionem interpositam nihil ultra potest petere legatarius, quem casum ab hoc diversum esse apparet. Rationem tamen istam habere videtur, quod hic non superest remedium, quo iterari cautio petatur, & obligationi de dando fideiussore per semel præstitum idoneum sponsorem satisfactum est, neque possis salvis obligationis verbis promissionem ita explicare, quasi debitor ad plures fideiussores successivè dandos se obstrinxisset. Et tamen æquitas suadere hic videtur, ut creditori succurratur, ne ex eventu sentiat damnum: & poterit ei fortassis hoc modo per obliquum subveniri. Finge fundum locatum in quinquennium, pro securitate mercedis acceptum fideiussorem facultatibus postea lapsum esse: tentari possit, locum fieri actioni ex locato, ut de novo caveatur, aut fundus locatus restituatur: & obiecta exceptione nondum finiti quinquennii replicari posse, de finita cautione, cujus intuitu locatio in tot annos facta fuerit. Ita si quis alicui in multos annos sub idoneo fideiussore pecuniam mutuam dederit, illo ad inopiam vergente videatur condici posse pecunia, quam creditor, nisi accepto mutuo fideiussore non daturus fuisset.

Creditor tamen principalis.] Ad explicationem huius quæstionis, an creditor cogatur admittere alium æque idoneum fideiussorem repetenda sunt tradita supra *disput. 1. th. 9 lit. A. & ibi in addit.* Plane jure potest creditor insistere obligationi semel constitutæ, suadente hoc ratione & textu *in l. si mandato. 45. §. item si 2. D. mandati.* ibi, *si nolit creditor obligationem mutare*: idque obtinere non tantum in casu accepti jam fideiussoris, sed etiam tantum promissi, certæ videlicet personæ, confirmatur ex *l. 14. §. 2. d. constit. pecun.* ubi admittitur alius fideiussor, si certa illa persona decesserit: quo modo aliàs inter acceptum & promissum fideiussorem vulgo distingui testatur *Pinell. ad l. 2. C. d. rescind. vendit. part. 2. cap. 1. num. 22. & 23.* & plus rationis est, ne creditor cogatur dimittere fideiussorem iam acceptum & obligatum. Possit tamen & hic videri superesse remedium obliquum, ut fideiussor ex justa causa possit petere exonerationem, instituta contraria actione mandati, ut in specie *l. 38. mandati* & offerre æque idoneum fideiussorem.

Quin

Quin & locus fortasse sit implorationi nobilis officii, si fideiussor ostendere possit nihil interesse creditoris: quoniam ferendus non est, qui nullo suo commodo alterius commodis obesse cupit: quam rationem æquitatis non immeritò expendit *Pinell. d. cap.* 1. *num.* 25. licet improbet eam additionator Soarez. idq; vel maximè admittēdum erit, si debitor obligatione se pro tēpore liberare non possit: cæteroquin solvat potius, quam creditori invito alium fideiussorem obtrudat. *Adde Marsil. d. fideiuss n.* 296. *& seqq.*

THESIS III.

LIT. A.

Adhiberi possunt fideiussores omni obligationi: hanc enim præsupponi oportet, quia fideiussio accessio est, quam inniti oportet alteri obligationi. Neque obstat quod Tr. supra *th.* 1. *lit.* C. tradidit, reo promittendi mortuo etiam ante aditam hæreditatem rectè accipi fideiussorem *l.* 22. *h. t.* quoniam vulgatum est, quod & in *d. l.* 22. pro ratione subiicitur, hæreditatem vicem personæ sustinere & debitoris defuncti, in cujus obligationē postea succedit hæres, & quandocunque agnoscens hæreditatem, retro à morte defuncti extitisse hæres fingitur: sed illud durius videtur, quod etiam reo sine hærede defuncto subsistit tamen fideiussio, de quo tractabitur infra *th. ult.* & alia quoque quæ regulæ hic propositæ obstare videantur, in seqq. expedientur.

Quomodocunque contracta] Modò non improbata legibus sit obligatio, cui frustra fideiussio accedit. An autem extra casum mariti ad inopiam vergentis, quo etiam repeti dos potest, pro restituenda dote fideiussor à marito dari utiliter possit, tractatum est supra *disput.* 7. *th.* 4 *lit.* H ubi rectè Tr. negativam & eam communem Dd. opinionem defendit, quamvis alteram contrariam Duareni contra Dd. magis hic probare videatur. Accedit igitur fideiussor omni obligationi *l.* 1. *h. t.* id est omnibus generibus obligationum, & eius porrò singulis speciebus: V. C. obligationi quæ contrahitur re, sive ex mutuo commodato & deposito: obligationi quæ contrahitur consensu, & huic ex emtione, locatione, societate: obligationi ex contractu vel quasi, sive tutelæ sive negotiorum gestor. &c. obligationi vel civili sive in specie dictæ sive

prætoriæ, vel etiam naturali: & denique obligationi vel ex contractu vel ex delicto, veluti pro actione furti, bonorum raptorũ, leg. Aquil. &c. Unde quæri ait Tr. an etiam in criminalibus fideiussor rectè interveniat. Sed nimirũ ex delictis agitur vel civiliter, & dubium non est rectè accipi fideiussorem: vel criminaliter, qua in re licet multi se involvant, expeditissima & certissima distinctio est, quod aut pœna certa & ordinaria est pecuniaria, & omnimodò admittitur fideiussor: aut est extraordinaria & arbitraria vel quomodocunque corporalis: & hic porrò aut quæritur de fideiussore dando pro ipsa pœna principali quæ in condemnationem venit, & ita de iudicato solvendo: aut de fideiussore de judicio sistendo, ne reus in carcerem detrudatur. In illis terminis non admittitur fideiussor jure nostro, quod non patitur pœnam vagari extra autorem delicti, neq; ut alter alterius pœnæ fiat succedaneus: quo pertinet illud, neminem esse dominum suorum membrorum. Hic autem, an de judicio sistendo fideiussor admittendus sit, magistratus officio relinquendum videtur: quod officium vel arbitrium in tribus versatur 1. circa qualitatem delicti, quod si atrocissimum sit, veluti læsæ majestatis, reus non permittetur fideiussoribus, sed in carcerẽ recipietur. 2. circa probationem delicti, quoniam si crimen notorium sit itidem non admittetur fideiussor. 3. circa qualitatem personæ rei, quæ si vilis sit, in carcerem potius recipietur. Quod si verò delictum non atrox nimis, & adhuc dubium, & persona honesta sit, reus ad fideiussionem de judicio sistendo admittendus erit, etiamsi delicto probato pœna capitalis irroganda veniret. Ex his distinctionibus omnes textus qui in hac materia allegari solent, nullo negotio expediuntur: & *in l. 2. in pr.* etiam pro servo capitalis criminis reo potest promitti de judicio sistẽdo, idq; propter interesse domini, qui ipse tanto magis oblata satisdatione servum ex vinculis liberare etiam potest, *d. l. 2 §. 1.* ex quo notandus est his satisdationis finis, ne reus in carcerem coniiciatur. Ad eandem speciem satisdationis de sistendo pertinet *l. 3 d. custod. reor.* quæ negat in vincula coniiciendum eum qui fideiussores dare paratus est: & ex eod. textu ꝓbatur quod de arbitrio judicis circa qualitatem delicti diximus: & ex *l. 5. eod. tit.* quod diximus de crimine notorio, quoniam notoriè reus instar confessi esse videtur: & generalis textus est de magistratus hac in re arbitrio *in l. 1. d. custod. reor.* ubi in specie additur

consi

considerandam esse qualitatem criminis, dignitatis, vitæ &c. Pertinent etiam huc *l. 6. §. super his. 3. & l. 12. C. d. appell.* qui uterque textus ostendit fideiussores dari ut rei à carcere sint liberi: & ostendit *d. l. 6. §. 3.* quod etiam in capitalibus causis fideiussores admittantur. Porrò sicut reus fideiussores dare potest non qui suscipiant pœnam delicti, sed qui caveant de sistendo; ita ex adverso accusator fideiussores dabat, non qui susciperent pœnam talionis aut arbitrariam quæ manet calumniantes, sed qui caveant de exequenda & persequenda lite, & perseverando in judicio, ut ostendit *l. 7. §. 1. D. d. accus. l. 3. C. d his qui accus. non possunt l. 1. & 2. C. ad SCt. m Turpill.* ex qua *l. 2.* hoc notandum est, quod huiusmodi fideiussores sub certa pecuniæ summa spondebant, non tamen necessario, sed etiam aliquando simpliciter, quantitate tum definienda à magistratu: & utroque tamen casu, si quid dolo malo, ut reus effugeret & non sisteretur, fideiussores cõmisissent, pœna arbitraria iis irrogabatur, textus expressus *in l. 1. d cust. reor.* Hæc meo judicio liquida & expedita sunt: & percurramus obiter textus, per quos dissentire aliquos Tr. tradit: & quidem *l 70. d furt.* nihil prorsus ad hanc materiam pertinet, nihil etiam *l. 57 h. t.* sed *in l. si quis § ult. eod.* dicitur, pro furti actione rectè accipi fideiussorem: quod dubio procul ad actionem civilem pertinet: & quod ibid. negatur in populari actione fideiussioni locum non esse, eam rationem habet, quia ante litem contestatam nemo creditor esse intelligitur *l 12. d. V. S.* Nihil etiam habet *l. 28. d pœnis*, nihil. *cap. 15. d. sentent. excommun in 6.* ut errorem typographi suspicari hic liceat, qui etiam admissus est in allegatione *cap. cum h. mo*, quod extat non sub causa 25. sed sub *causa 23. quæst. 5. cap. 19.* in quo respondetur non quid juxta juris rationem fiat, sed quod de facto contingere possit, ut quis pro alio fideiussorio nomine supplicium luat, quale vadimonium Damonem pro Pythia subiisse apud Dionysium tyrannum historiæ memorant, & ex iis Cicero in Lælio: & principaliter hoc in d. c. tractatur, quod occidere intelligatur qui præbet causam mortis. Cæteri textus sub *tit. d. custod. reor.* jam explicati sunt, à quibus non discrepat, sed ex iis lucem accipit *auth. hodie C. d custod. reor.* ex qua mulieres criminum reæ jubentur aut fideiussoribus committi, aut si atrocius crimen sit, in monasterio detineri, vel mulieribus aliis custodiendæ demandari.

Sed jam de cautione ista fideiussoria, videlicet *de iudicio sistendo*, aliqua videamus. Continet hæc promissio, non tantum ut semel reus sistatur, sed usque dum judicium finiatur, & ut loquuntur, *toties quoties*, videlicet opus est, quæ verba Tr. *in vers. sed interim*, non congruo loco posuisse videtur. Præcipuè autem sistendus est reus tempore ferendæ sententiæ, ut ea in condemnatum executioni mandari possit: quæ sententia videtur Tr. dum ait non liberari fideiussores ab hac obligatione, antequam sententiam passus sit reus: & ibid. addit aliam liberandi rationem, si solverint quod in cautione fideiussoria continetur. Qui duo tamē liberandi modi non videntur satis bene coniungi, quoniam per primum liberantur solvendo id cuius gratia fideiusserunt, sed per secundum, solvendo pœnam non servatæ fidei: quamvis existimem, utcunq; nulla intercesserit culpa fideiussorum circa fugam rei, pecuniam promissam ab iis exigi, quoniam hæc fuit conditio obligationis, & imputent sibi qui eam susceperunt, cum intelligere facile possent, reum male sibi conscium, sententiam non esse expectaturum. Ex hoc autem quod non sufficiat semel sistere, rectè inferri ait Tr. si fideiussores semel stiterint reum, & is effracto carcere aufugiat, quod iterum eum sistere teneantur, id est, *quod hoc facto obligatione sua non liberentur*. Quæ verba, si illatio recta esse debet, hoc efficiunt quod initio sistentes fideiussores reum ei fini hoc facere videantur, ut in carcerem recipiatur: quod quidem admitti potest, si fortassis aliqui reo qui in fuga est, fideiubeant, (& hoc casu putarim fideiussores semel sistendo reum liberari) cæterum procul dubio falsum est: quamvis hoc verum existimem, fideiussores posse reum ita sistere semel ut imploret officium magistratus, de recipiendo in carcerem reo, quod videlicet se fidem præstare, & observare reum, quominus fugiat, non posse animadvertant: cui petitioni fideiussorum magistratum facile locum daturum & dare debere existimo: cum aliàs in criminalibus regulariter reus in carcerem recipi soleat, & id quasi ad officium magistratus pertineat. Et adeò si magistratus annuat desiderio fideiussorum, procul dubio falsum erit hoc casu, quod nihilominus fideiussores teneantur, si reus ex carcere aufugerit: sed & amplius tum quoque falsum hoc esse puto, si ipse magistratus motu proprio, reum quem fideiussores semel judicio stiterunt, in carcerem conii-

coniiciat, & ex vinculis causam dicere velit: quoniam cum juxta antedicta hic sit unicus fideiusionis scopus, ut ne reus in carcerem ire cogatur, magistratus qui reum post fideiusionem præstitam in carcerem coniicit, hoc ipso facto manifestum facit, se amplius reum fideiussorib. committere nolle: & ita necessariò à cautione fideiussoria recedit, quoniam non convenit rationi juris, imò plane rationi non convenit, ut reus qui in carcere esse cogitur, fideiussores de sistendo præstet. Et si itaque in nostris terminis reus evadat, magistratus sibi vel commentariensi potius suo hoc acceptum ferat & imputet, non fideiussoribus, à quibus iniurium sit, exigere officium commentariensis, ut ipsi curent, ne reus ex carcere effugiat, imò ne carcerem perfringat, quoniam de carcere fracto loquitur Tr. Plane si fideiussores non consulto magistratu reum in carcerem recipi curent, aut in protestatione magistratus, se à præstita semel cautione non discessurum, quod fortè justæ sint causæ, propter quas reum in carcerem coniicere velit, acquiescant, non difficulter Tr. sententiam admisero. Utique quo casu fideiussores obligati manent, verum est quod Tr. ait, protestatione sua fideiussores non liberari, ea quippe non potest mutare naturam obligationis initio constitutę, juxta quam necessarium est exhibere reum usque ad sententiam.

Addit Tr. imò ne quidem lata prima sententia fideiusio talis expirat. Apparet hoc dici pro ampliatione eius quod præmiserat, non liberari fideiussores, usq; dum reus sententiam fuerit passus. Potest in genere sententiam passus dici, qui saltem condemnatus est, *l. servi 15. d. appellat.* sed magis in specie in quem executio sententiæ facta est, argum. *tit. Cod. d. sentent. pass. & deport.* quo sensu non potest alii sententiæ aut instantiæ esse locus: quam nimirum sententiam intelligit Tr. ubi appellatio interposita fuit, in secunda instantia ferendam. Cæterum tractatur hæc quæstio in genere, in causis civilibus & criminalibus, & rursus in cautione fideiussoria de judicio sistendo & de judicato solvendo: & hoc rursus sive circa rem ipsam aut summam principalem, sive circa expensas. Et apparet ex *Boër. decis. 315. & ex Thessaur. decis. 202.* hanc esse sententiam communem probatam à *Dd. in l. eum apud 20. iudic. solvi, Iasone & aliis in l. 2. inf. C. d. procur.* quod finita prima instantia cautio fideiussoria si non ipso jure, utique per exceptionem finita

videatur, neque ad ſecundam inſtantiam porrigatur: videlicet ſi reus qui fideiuſſorem dedit, fuerit abſolutus, quoniã condemnato appellationem ad liberandos fideiuſſores qui ex prima ſententia tenentur prodeſſe fuerit per abſurdum. Hanc autem ſententiam, quod reo in prima inſtantia abſoluto liberentur fideiuſſores, Theſſaur. cit. loc. jure ratione & æquitate carere affirmat: nimis arroganter & imprudenter, & pene dixerim, impudenter. Etenim videatur ita ultra mentem & intentionem fideiuſſoris porrigi obligatio: & juvat textus *in l. 3. 3. in pr. iudicatũ ſolvi*, ubi propterea quod ad alium judicem itum eſt, finiri dicitur ſtipulatio: & textus expreſſior *in d. l. cum apud* 20. *iudic. ſolvi*, ad quos textus frivola meo judicio eſt reſponſio Theſſaur. quod fideiuſſores ibi obligationem ſuam reſtrinxiſſe intelligantur ad judicium certæ perſonæ, veluti Titii aut Sempronii, quod eam expreſſo nomine adiverint, eamq; non tam ut judicem, ſed ut privatum arbitrum approbaverint. Hæc inquam reſponſio frivola & jejuna eſt, & fallitur manifeſto Theſſaur. dum ita more antiquo judices olim aditos fuiſſe exiſtimat: quoniam imò hæc olim antiqui juris ratio erat, ut cum prætor ipſe non judicaret, ex numero & certo ordine judicum aliquem eligeret, & adiecto nomine addiceret, ſub hac formula, *ſi apparet reum dare oportere*, *Cai vel Sempronii iudex condemna.* Ex quo ultro manifeſtum eſt, quod nomen ita adiectum ad reſtringendam fideiuſſionem nihil plane fuerit operatum, adeoque ſi eo non obſtãte lata à judice hoc ſententia, cautio finita fuit, nec porrecta ad inſtantiam ſecundam, cum tamen, quod præcipuè notandum, apud prætorẽ qui judicẽ dederat inſtãtia ſecunda & cauſa appellationis tractaretur, optima ratione concludemus indiſtinctè, quod finito judicio fideiuſſio quoq; expiret. Enim verò cum hodie magiſtratus ipſi judicent, neque nomen eorum proprium, ſed nomen officii ſub quo adeuntur, in conſiderationem veniat, rectè ſtatuemus, fideiuſſionem tantum ad inſtantiam coram iſto judice reſtrictam videri. Sed non eſt huius loci, ut in iſtam quæſtionem latius digrediamur. In noſtris autem terminis tanto facilius contra Tr. in ſententiam communẽ deſcendendum exiſtimo, ꝙ fideiuſſio extra ordinem admittitur in cauſis criminalib. non pecuniariis, in quib. regulariter reus in carcerem recipi debet: ut tanto facilius audiendi ſint fideiuſſores, ſi finita prima inſtantia ſeſe exonerari petant:

cum præſertim nihil interſit vel accuſatoris vel magiſtratus ex officio procedentis, imò ipſorum interſit potius reum in carcerem recipi, ubi non de pecunia, ſed pœna in corpus rei irroganda tractatur. Jam obiter quæ Tr. hic non rectè rractaſſe videtur, expendamus. Et 1. affirmat ſimpliciter, quæſtionem de fideiuſſore in criminalibus ſub hac exceptione, niſi pœna ſit capitalis: duplici errore, tum quia in nulla pœna corporali licet non capitali admittitur fideiuſſor de judicato ſolvendo: tum quia etiam in capitalibus admittitur fidejuſſor de judicio ſiſtendo: quod licet poſtea proponat Treut. initio tamen iſta diſtinguenda erant. 2. ratio qua Tr. utitur, quod nemo ad pœnam corporalem ſe adſtringere poſſit, nulla eſt in fidejuſſione de judicio ſiſtendo, quæ fere ſola videlicet extra caſum pœnæ pecuniariæ admittitur. Sed & 3. illud non rectè ſe habet, quod ratio generalis eſt, ſed deciſio ſpecialis, de cauſis & pœnis capitalibus, 4. quod ſubiicit de fidejuſſore in capitalibus non in genere, ſed in ſpecie de fidejuſſore judicii ſiſtendi cauſa proponendum erat. 5. *in verſ. ſed interim*, ambiguum eſt, quod ait pecuniam à fidejuſſoribus promitti pœnæ loco: quoniam non promittitur loco pœnę, quam reus debet, ſed inſtar cujusdam pœnæ, quam ipſi debent fideiuſſores principaliter, nomine culpæ & præſumtæ negligentiæ, ſi reum ſiſtere non poſſint. 6. Generaliter verum non eſt, quod loco pœnæ pecunia à fidejuſſoribus promittatur: quoniam citra adjectam quantitatem & ſimpliciter de ſiſtendo reo fidejuſſores cavere poſſunt, per textum expreſſum *in l. 4. d. cuſtod reor.*

Lit. B.

Naturali tantum.] Alibi tractatur, quod obligatio naturalis ſit vel propter qualitatem perſonæ contrahentis, veluti ſi ſervus ſit: vel ob qualitatem conventionis, veluti ſi ſit pactum nudum. Utrique rectè accedit fideiuſſor, quoniam naturalis obligatio non ſimpliciter naturalis eſt, neq; ideo ita appellatur, quod in mera ſua naturalitate relinquatur, ſed quatenus opponitur civili, quæ ad actionem eſt efficax, cęterum jure quoq; civili, naturalis quę dicitur obligatio effectus ſuos habet, quod conſtitui poteſt *l. 1. § 7. d. conſtit. pecun* quod novari poteſt *l. 1. ult. d. novat.* quod compenſari poteſt *l 6. d. compenſat.* & quod exceptio naſcitur *l. 7. §. 4. d. pact.* & in ſpecie eius quod ſolutum eſt retentio *l. 10. d. O. & A.* quo nomi-

nomine fideiussionem utilem esse traditur *in l. 6. ultim. & l. 7. h.t.* ubi scil. innuit JCtus non habendam inutilem fideiussionem: quoniam obligatio principalis effectum habeat, si debitor agnoscat bonam fidem, & solvat, cuius nimirum facti ipsum pœnitere non possit, sed creditor ille exceptione defendatur: ut proinde necessarium non sit ad validitatem fideiussionis, debitorem civiliter fuisse obligatum, quam obiectionem removet Tr. lit. C. Ex his autem malè infert Tr. quod pro pupillo sine tutore obligato, prodigo & furioso rectè interveniat fideiussor. Et in pupillo quidem hoc aliqualiter sustinere possit, quoniam illo suo modo dicitur naturaliter obligari, per notata supra *part.1.disput.6.thes.5.* quãvis sane in hoc cesset ratio *l.7. h.t.* quia solutum pupillus repetit *l. 41.d.cond.ind.* sed dici possit quod hæc ratio *d.l.7.* repetitionis cessantis in genere utilem fecerit fideiussionẽ pro naturali obligatione, licet in specie aliqua singulari illa ratio officium suum perdat. Sed alia prodigi, quatenus ei bonis in republ. Romana interdictũ est, ratio est *argum. l. 6.d. V. O.* & multo minus obligatus potest dici prodigus, cuius nullum esse constat consensum. Sed sc. Tr. parum solicitus de illatione hac, quæsivit occasionem tractandi & explicandi *l. Marcellus h.t.* si quis, inquit JCtus pro pupillo sine tutoris autoritate obligato, prodigo vel furioso fideiusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Non potest hic locus accipi de obligatione quæ ex quasi contractu est, & ex re venire dicitur: quoniam ex hac causa etiam furiosum civiliter obligari docet *l. furiosus d O. & A.* ut proinde iniquum sit & absurdum, non dari hic fideiussoribus regressum: sed & quod de pupillo sine tutoris autoritate obligato dicitur, arguit in furioso & prodigo civilem obligationem non intelligi. Accurs. Bart. & vulgo Dd. simpliciter & rectè hanc legem ita explicant, quod in verbis, *quoniam his mandati actio non competit*, contineatur ratio decidendi, quare his fideiussoribus non subveniatur. Ratio enim dubitandi erat, quæ subveniendum iis suadere videbatur, ne aliàs contra dispositionem juris, obligatio cederet in præiudicium pupilli furiosi & prodigi, siquidem fideiussoribus exactis, utpote accessionib. actio mandati non posse denegari videbatur. Hanc obiectionem Marcellus verbis his, *quoniam mandati actio &c.* removere voluit, & significare, non esse verendum

ne quid

ne quid damni hic sentiant pupilli furiosi &c. quoniam contra eos regressus per actionem mandati non detur. Et hoc voluit Accurs. dum rationem Marcelli ait esse remotivam: quæ ratio vel rationis explicatio, licet ita non obscurè putet Tr. non videtur mihi fieri clarior per emendationem Cuiac. *quamvis his &c.* quoniam ita non redderet rationem JCtus, sed tanquam ex hypothesi id præsupponeret: neq; ulla eius emendationis aut elegantia aut necessitas apparet. Cæterum Accurs. *in d. l.* 25. addit, quod etiam possit esse recta vel directa ratio JCti: idq; ita explicat Bart. ibid. *num.* 5. rationem rectam esse per quam dictum probatur hoc modo: *ideo fideiussori non subvenitur, quod rei principalis non intersit*: eaque Accurs. sententia colligitur ex citata ab ea *leg. quod dictum* 32. *d. pact.* ubi ex pacto rei datur exceptio fideiussori, si rei principalis intersit, cæterum si non intersit, non datur, veluti si quis donandi animo fideiusserit: & hoc ipso simul tacitè videtur innuere Accurs. quod in specie *l.* 25 *h. t.* videantur fideiussores intervenisse animo donandi. Quæ verissima sententia est, & illud ipsum effectu, quod tamen à quibusdam traditum ibi improbat Accurs. quod fideiussor in terminis *d. l.* 25. pro personis illis non tam intervenire videatur, quam in suum proprium præiudicium obligari: idq; est quod verissimè observavit *Valent. Franc d. fideiussor. cap.* 3. *num.* 9. quod in l. Marcellus, fideiussor teneatur non tam ratione fideiussionis, quam ratione promissionis suæ, quæ scil. promissio donationis instar existimanda, non autem fideiussio, veniat in considerationem, siquidem non ignorabat fideiussor, nullam cum eiusmodi personis obligationem contrahi posse. Neque adeò obstat quod Accurs. movet *in d. l.* 25. non posse esse fideiussionem citra obligationem principalem: quoniam verè loquendo fideiussio ea est aut dicitur potius non ratione existentiæ, sed in apparentia, quoniam externa quadam specie & de facto obligatio cum illis personis contracta fuit: eoq; qui fideiussores dicuntur, non tam fideiussores quam principales rei sunt habendi. Atque hæc vera est conciliandi ratio *d. l.* 25. *h. t.* cum *l.* 6. *d. V. O.* ubi Ulpian. intelligendus est considerasse fideiussionem qua talem, neque propterea negasse quod contra talem fideiussorem actio creditori dari possit. Et hactenus par est trium illarum personarum conditio, sed in eo dispar, quod in pupillo videlicet infantiam egresso, aliqua est na-

turalis obligatio: ideoque Accurs. notat, non sine mysterio dixiss. JCtum *in l. 25 h t. pro pupillo obligato*, idque verbum in persona prodigi & furiosi non repetiisse. Et hæc videtur satis commoda hujus loci explicatio, quæ ostendit verum non esse, quod existimat Treut. ab emendatione non posse defendi cum textum, nisi ipsius interpretatio adhibeatur: quæ aliàs non est inconcinna; ut intelligamus, ideò non subveniri fidejussoribus, quoniam pupilli vel prodigi non possunt experiri actione directa, ut quis ex eorum mandato licet suscepto, fideiubere teneatur: ut proinde qui ultro fideiubet, donandi animo id fecisse credatur. Et adeò hæc explicatio ad eundem effectum tendit cum priori, quæ literæ & menti JCti magis convenire videtur, & nescio quomodo non paulo sit contortius, ut JCti verba, *quoniam his mandati actio non competit*, de ipso pupillo aut prodigo interpretemur: quoniam in dubio in hac materia cum de actione mandati quæritur, ea quæ fideiussoribus regulariter competit, intelligitur, cum præsertim etiam qui nullo præcedente mandato, pro præsente intercedit, actionem habeat mandati. Et leve est quod in pr. de fideiussore in numero singulari proponitur: quoniam eiusmodi mutationis numeri etiam apud alios autores licet invenire exempla, & facit, quod de tribus personis pro quibus interceditur in princ. l. tractatur, ut observavit *Anton. Fabr. 8. coniectur. 5.*

Cæterum non puto quenquam sollicitaturum fuisse lectionem *dict. l. 25.* nisi quod in contrarium responsum videtur *in l. 6. d. V. O.* ubi simpliciter pro prodigo fideiussorem intervenire posse negatur. Quæ nimirum causa fuit, ut aliqui *dict. l. 25.* de prodigo & furioso ex re obligatis, aliis de obligatione ante vitium contracta, alii, ut *Robert. 2. recept. lect. ultim.* de prodigo quidem Ethicè, sed cui nondum bonis interdictum esset, acciperent. Eademque causa fuit, propter quam *Ant. Cont. 2. success. lect. 3. ei*, mutaret in, *eis*, & ita legendum censeret, *magis esse ut eis non subveniatur*, videlicet furioso, pupillo, prodigo, id est, quod non necesse sit iis subveniri, cum ipso jure sint tuti. Sed tum ista explicatio prorsus hispida & inculta est, tum quod negatur fideiussoribus mandati actio, indicio est, eos conveniri posse, quod negat Cont. Et tamen Contius videtur Treut. quodammodo suppeditasse explicatio-

nem

nem suam: quoniam improbat eos, qui verba JCti, *quoniam his &c.* referunt ad pupillum & furiosum: quia ineptum sit quærere, an hi mandati actione teneantur. Sed Tr. alio modo hæc verba ad pupillum & furiosum retulit, quod iis actio mandati non competat, ut pro iis fideiubeatur, Quin imò sub hac quoque relatione explicatio ista extat apud *Revard lib. 2. varior. cap. 9.* sed itidem alio modo: Vult enim Revard. errorem ex notis aut potius contracta scriptione natum, & ita legendum esse, *magis est ut ei ideo subveniatur:* quoniam cum directa obligatio mandati nulla sit, nec actio pupillo competat, adeoque nullum mandatum, ideo esse subveniendum fideiussori contra eum, qui V. C. à prodigo vel pupillo aliquid stipulatus fuit. Sed rectius Tr. ita hoc accommodat, ut licet pupillis vel prodigis actio mandati directa non detur, tamen nihilominus fideiussoribus non succurratur, quippe qui, ut sæpe dictũ donandi animo pro eiusmodi personis contra quos regressum sibi non esse sciunt, vel scire debent, intercessisse intelliguntur. Porrò *Ant. Fab 8. coniect. 6.* vult expungi *in d. l. 25.* verbum *obligato.* Sed utcunq; demus quod vult Fab. non dari fideiussori actionem mandati si pro pupillo etiam civiliter obligato sine tutore intercesserit, quod tamen æquitatis ratio non patitur, nihilominus verum est, & tanto magis, non dari actionem ei, qui pro pupillo sine tutore obligato intercessit. Et verò non est obscurum à JCto eandem hic (simpliciter enim eadem non est,) rationem statui, pupilli furiosi & prodigi: quod ipsa coniunctio trium earum personarum suadet: & alienum prorsus est à mente JCti, ut prodigum & furiosum civiliter obligatum fuisse ponamus: & utcunque in omnium trium persona hoc ponamus, eos civiliter obligatos, tamen æquitatis ratio suadet, ut fideiussoribus hoc casu, quo personas illas efficaci actione & obligatione, ex qua conveniri poterant, solvendo liberaverunt, regressus detur: cum etiam extra dubium sit ei qui pupilli citra iussum etiam tutoris, negotia gessit, etiam qui furiosi, actionem dari *l. 3. §. 5. 6. inf. princ. d. negot. gest.* & consequenter etiam ei qui pro pupillo civiliter obligato fideiussit, atque ita negotia gessit, & eius conditionem meliorem fecit, actio non denegabitur, *argum. l. 6. §. 2. l. 40. D. mandati l. ultim. C. d. negot. gest.* Illud divinatorium est quod *Lycklama 6 membran. cap. 8.* fideiussorem quidem in specie *l. 25.* efficaciter non obligari

putat, sed si solvat non habere condictionem nec mandati actionem: etenim repugnant JCti verba quibus negat subveniri fideiussoribus, quoniam mandati actionem non habeant: illud autem eiusdem valde jeiunum, quod *in vers. quoniam his*, vult subintelligi particulam, *cum*, quod fideiussori cum pupillo prodigo & furioso non sit mandati actio. Minus probandum est quod *Robert. 2. recept. lect. cap. ultim.* vult præsupponi casus singulares. quibus pupillus furiosus & prodigus naturaliter obligentur. Sed de his plus satis.

LIT. C.

Vel civili.] Videlicet civili tantum: est enim obligatio vel mixta vel simplex, & hæc vel naturalis tantum, vel civilis tantum, quæ scil. actionem quidem producit ipso jure, sed quæ ferè exceptione elidatur, propter defectum vinculi æquitatis, ut docet *Iustin. in princ. & §. 1. cum 4. seqq. Instit. d. except.* vinculum autem illud vel ab initio deficit, & ab initio obligatio civilis nuda est, veluti si quis metu aut dolo inductus quid promiserit: vel postea nuda efficitur, subducto vinculo æquitatis, veluti si quis pactum fecerit de non petendo, aut se non debere juraverit *l. 27. §. 2. d. pact. l. 95. §. 4. d. solut.* Huiusmodi obligationi nudæ civili, si Tr. accedere putat posse fideiussorem, errare eum existimo, & fideiussionem eiusmodi inutilem esse, his rationibus effici posse existimo 1. quia præterquam quod nuda & inefficax actio nascitur, nullos effectus ista obligatio habet, neque constitui *l. 1. §. 3. d. constit. pec.* nec compensari potest *l. 14. d. compensat.* nec ad retentionem soluti proficit *l. 40. in princ. d. condict. indeb.* Et hinc 2. nascitur ratio ex *l. 6. § ultim. cum l. seq. h. t.* ubi ex hoc defenditur fideiussio pro naturali obligatione, quod solutũ repetiti non potest, cessante autem ratione cessat dispositio. Et hinc 3. quod huiusmodi obligationi non accedit constitutum, argumento est nec accedere fideiussorem: neque enim sufficiens ratio est differentiæ, quod constitutum juris prætorii, sed fideiussio juris sit civilis: quoniam non ipsa fideiussio, sed modus fideiubendi per stipulationem à jure civili descendit: & eâdem ratione quis defendat, non posse accedere fideiussorem obligationi naturali: quin imò ratio generalis est & communis, quod propter vinculum æquitatis deficiens debet defendi fideiussor *argum. l. 7. §. 1. d. except.* Et quod in

§. 1. *Instit. h. t. & in l. 1. D. eod.* de omni obligatione dicitur, satis verificatur in tot generibus & speciebus diversarum obligationum de quibus paulò ante dictum est: sicut nec dubium est, quod de civili obligatione dicitur *in d.* §. 1. ad obligationem civilem mixtam pertinere. Utcunque igitur de facto hic interveniat fideiussor, exceptione tamen defendetur, quæ competit ipsi reo principali. His autem addendum est, obligationem civilem nudam generalius considerari posse, & sub hac distinctione, quod alia sit revera & omnimodo talis, & jure quoque pro tali habeatur, ita ut actio per exceptionem perpetuam elidatur, in qua locum habent quæ jam diximus: alia verò liquido & certo mera civilis non sit, aut utique à jure ex justa causa pro tali non habeatur: cuiusmodi est obligatio 1. quæ nascitur ex re judicata, quoniam si judex aliquem qui revera nō debebat. condemnaverit, abest quidem re ipsa vinculum æquitatis, sed propter autoritatem rerum judicatarum, & quia res judicata pro veritate habetur, & post eam amplius non quęritur, an debeatur, ideò pro merè civili non habetur, sed ex ea, omninò efficax actio nascitur, & solventi non datur condictio *l. Iulianus. 60 d. condict. indeb.* 2. qui spe futuræ numerationis pecuniam se accepisse confessus est, ex hac hypothesi non acceptæ pecuniæ, nudè civiliter obligatus videtur, sed quia confessus est, ideo post biennium autoritate juris perinde tenetur, ac si pecuniam accepisset. Et de huiusmodi civili obligatione plerique Dd. accipiendi videntur, qui obligationi civili tantum fideiussorem accedere posse admittunt: ita enim expresse distinguit *Bart. in l. 1. h. t. num. 3.* quod quædam obligatio civilis habeat effectum exactionis, veluti obligatio ex sententia: quædam verò non habeat actionem, videlicet efficacem, & huic demum non posse accedere fideiussorem argum. *l. si stipulatus 37. in f. h. t.* ita videlicet non posse accedere, ut non habeat exceptionem, quæ competit principali. Et hæc videl. distinguere debeat Tr. quod tantum abest ut fecerit, ut etiam dupliciter hic errasse videatur 1. quod ait à civiliter tantum obligato peti non posse: contradicit enim Justin. *in §. 1. 2. 3. & 4. Instit. d. except.* ubi in terminis obligationis civilis tantum actio efficax esse dicitur. Sed possit hic facilè salvari Tr. quod actio dicatur efficax, ratione nudæ intentionis, & quod prætor concedit formulam, non autem ratione condemnationis,

ut dictis locis idem docet Justin. quo respectu videtur peti non posse, quomodo & loquitur *Angel in §.1.Instit.hoc titul.* civiliter tantum obligatum, non posse conveniri: sicut & alibi traditur, non videri habere actionem, qui exceptione excludi potest. Sed ille gravior error est, quod huiusmodi quoque civili obligationi nudæ quæ propter exceptionem obstantem inutilis est, fideiussorem putet accedere posse, quod falsum est, paulo ante ostendimus: licet Tr. erroris sui socium habeat *Angel. in §. 1. Instit. h.t.* nec valde eam sententiam improbat *Ioh.Fab.ibid.* licet magis probet distinctionem quam ex Bart retulimus. *Planè si quis sciens prudens eiusmodi obl gationi accedat, donandi animo id f.cisse existimabitur.*

Pro eo qui officio judicis.] Et quidem ut notat *Angel. in d. §.1.* sive sit officium judicis mercenarium sive nobile. Illud rursus vel adhuc durat, pendente adhuc judicio, & nondum sententia lata: & procul dubio rectè intercedit fideiussor, V.C. pro usuris quę debentur ex mora, quæ non ex obligatione, sed ex officio judicis venire dicuntur *l quiper* 49. §.1. *d. act. amt.* vel lata sententia expiravit: & utcunque amplius usuræ eiusmodi peti non possint in sententia omissæ, quod idem est si ipsa sors fuerit soluta *d. l.* 49. §.1. *attamen* cum eiusmodi usurę postea solutę repeti non posse videantur tanquam naturaliter debitæ *arg. l.* 5 §.2. *d. sol.* utilis erit fideiussio *arg. l.* 7. *h.t.* Officium nobile vel potius eius imploratio actionis instar est *l. actionis* 37 *d.O.& A.* & adeò tanto minus dubitari potest quin pro eo contra quem nobile officium imploratur, vel implorari potest, rectè fideiussor intercedat: veluti si quis teneatur cavere de dãno infecto, vel contra eum restitutio ex nobili officio peti possit, quoniam officium hoc aliquam obligationem præsupponit. Et huc referunt casum non *in l.*36. sed *in l. cum quis* 38 § *si quis* 4 *d. solut.* ubi intervenit fideiussor pro eo qui absens V. C. usuceperat rem alterius, qui contra eum ex edicto prætoris poterat restitui: quamvis illa actio potius sit ordinaria, quæ rescissoria dicitur: licet ex communi Dd. sententia, præcedat remedium rescindens, de quo actum supra *part.1.disp* 11. *th.*1.

LIT. D. E. & F.

Rectè dicitur lit. D. non esse dubium, quin obligationi mixtæ possit accedere fideiussor. Sed nec illud dubium, quod fideius-

deiussor alium porro queat accipere fideiussorem *l. 8. §. ultim. h. t.* Sed ambiguitatem facit quod Tr. talem fideiussorem eundem esse ait, quem Germani dicunt **schadloß bürgen / oder rückbürgen:** & potest ista appellatio ad hunc quoque fideiussorem porrigi: sed aliàs latior omninò ea est, non tantum comprehendens secundum hunc fideiussorem, sed eum quoque, quem amplius accipit creditor primus, in quantum à reo principali consequi non potest, quin hic in specie appellari solet fideiussor indemnitatis, & ita **schadloß bürg**: de qua specie promissoris tractatur *in l. 1. C. d. conven end. fisc. debit. l. ult. in pr. d. reb. cred.* ubi creditor stipulatur à Titio, quantum à Sejo debitore consequi non possit: item *in l. decem. 116. d. V. O. in l si decem 21. d. solut. l. amißi 52. in princ. h. t. l. si ita 150. d. V. S.* Et licet qui ita promittunt, vix appellentur fideiussores, apparet tamen non pauca cum fideiussoribus reliquis habere communia, & hoc quoque, quod ab illis etiam solidum exigi potest, quod textus cit. ostendunt: sed & eâ de causâ in terminis similibus eiusmodi cautio dicitur habere præstationem fideiussorum *l. 3. §. primo, si cui plus quam per L. Falcid. & in l. amiss. 52. in princip. hoc titul.* fideiussor dicitur, qui acceptus est, quanto minus ex distracto pignore poterit servari. Differentiæ autem hæ ferè sunt 1. quod fideiussio indemnitatis videtur in se habere conditionem *dict. l. 116. de. verbor. Obligat. dict. l. 21 d. solut.* 2. quod stipulator ipse talem adpromissorem assumere potest, ita ut pro reo non interveniat nec contra eum habeat regressum. 3. quod talis adpromissor nunquam potuit conveniri ante reum principalem, quippe quod ante constare non potest, an & quantum creditor à reo consequi posset. Neque obstat *l. ultim. in princ. d. reb. cred.* quia præsupponendum ibi est, antea constitisse, quod creditor nihil aut non solidum consequi potuerit 4. jure veteri electo reo liberabatur fideiussor, sed minimè hic appromissor, qui in hoc ipsum accipitur, quod à reo creditor consequi non potest. 5. Ex adverso iuxta communem sententiam electo fideiussore nec olim liberabatur reus principalis, de quo actum supra *thes. 1.* electo autem hoc adpromissore vel convento potius, eo casu quo reus præstare non poterat, hunc liberatum fuisse, ex *dict. l. ultim. d. reb. cred.* confirmat *Gœdd. in l. 150. d. Verb. Signif. in f.*

Quod lit. F. de futura obligatione dicitur, explicatum est th. 1. lit. B.

LIT. G.

Fideiussor quod solvit, repetit à reo vel mandati vel negotiorum gest. act. quam utramq; cessare rectè ait Tr. si pro invito & prohibente quis fideiusserit, quoniam ad effectum agendi, huius negotia gerere non dicimus, per *in l. ultim. Cod. d. negot. gest.* Hoc ampliat Tr. his verbis, *etiam æquitatis intuitu*: videlicet ut ista æquitas non debeat producere actionem: quod aliàs inutilis & elusoria esset constitutio *d. l. ultim.* cum effectu nihil intersit, an quis ex summo jure an ex æquitate conveniatur & exigatur: cæterum ex circumstantiis existimari possit, annon ex ratione juris gent. ad restitendam pecuniam reus obligetur. Et rectè adeo improbatur Castrens. qui *in d. l. ultim num. 6. pntat*, si dominus locupletior factus sit ex gestione, eum utcunq; prohibuerit, actione utili ex æquitate teneri: & inde si quis pro invito fideiusserit & solverit, utilem in factum actionem concedendam esse existimat, licet deficiat actio mandati & negotiorum gest. Enimverò ita manifesto circumvenitur sententia JCti *in l. si pro te 40. mandati*, qui procul dubio cum in terminis hunc casum tractaret, actionis illius in factum meminisset, si ullam superesse credidisset, & hoc quoque refragatur, quod deficiente actione negotiorum gestor. quæ aliàs vaga & generalis est, vix alii actioni locus esse potest: & qui non obstante prohibitione mea, pro me intercedit donandi animum habuisse intelligetur, licet eum non expressè profiteatur, quo respectu duo ista inter se distinguuntur *in l. 6. § 2. mandati*. Et nulla prorsus ratio est, qua movetur Salicet. quod lex permittit, ut liberetur debitor, pro quo invito alius solvit: etenim hoc accidit ex summa & necessaria juris ratione, quę efficit, ut ubi ego accepi quod mihi debetur, liberatio consequatur, quæ sententia variari non potest ex re quæ nihil attinet ad creditorem, quod debitor pro se solvi noluit: sed hinc ineptè concluditur, quod ei qui solvit ad repetendum actio detur.

LIT. H.

Jam sæpius dictum est, quod obligatio fideiussoria requirat principalem cui nitatur, siquidem revera fideiussio perhiberi debet, iuxta ea quæ paulo ante dicta fuerunt ad explicationem

l. Mar-

l. Marcellus 25. *h. t.* Nihil autem obstat *l.* 10 *ut legat. nomine caveatur*, quoniam hæreditas jacens personæ vicem sustinet, & facit ut etiam tempore illo de novo fideiussor accipi possit *l.* 22. *h. t.* sed *l.* 5. *ut legat. nom. caveat.* specialem habet rationem, quam exponit *Cuiac.* 15. *obs.* 9.

Non igitur accedit.] Diximus ad pr. huius th. obligationi cuicunq; accedere fideiussorem, quæ etiam reipsa & verè & jure nostro nomen obligationis tueri possit: cæterum succedit regula *l.* 17. *in princ. h. tit.* fideiussorem obligari non posse ei, apud quem reus promittendi obligatus non est: sive obligatio turpis sit, sive aliàs nulla, veluti contracta sub conditione impossibili *l. si sub* 29. *hoc titulo.* neque obstat quod videri possit imputandum ei qui hic fideiubet, cum possit credi donandi animo fecisse: vel quia non minus offenderetur jus nostrum, si valeret obligatio fidejussoris: vel quia natura obligationis accessoriæ requirit obligationem præexistentem: vel quia donatio nonnisi ex perspicuis conjecturis, vel lege disponente præsumi debet: & aliàs etiam esset quod imputaretur reo principali, qui V. C. sub impossibili conditione promisit.

An obligationi cui præscriptum.] Quæstionis hujus, an obligationi cui præscriptum est, rectè accedat fidejussor, ex eo decisio pendet, quod & notavit *Vasq illustr. controvers.* 53. *numero decimo quarto*, an & quæ obligatio per præscriptionem tollatur. Et non videtur dubitandum, quin tollatur civilis, quoniam lex ipsa civilis præscriptionem introduxit, licet de eo quæri possit, an ipso jure, an exceptionis ope obligatio & actio tollatur. Sed de obligatione naturali controvertitur: & hanc quoque tolli omninò existimat Vasq. ideoque fidejussioni locum non esse, dicto loco. Ejus ratio unica hæc est, quod lex præsumat, creditorem ipsum debitum remisisse, quo facto non dubitatur, quin naturalis obligatio tanquam pacto quodam sit sublata argumen. *l.* 95. §. *quarto*, *d. solut.* Verum ratio ista mihi non satisfacit: quia præsumtio ista non est veritatis, sed est merè juris positivi, quinimo non tam ex ista præsumtione, quam potius intuitu publici boni ut finis esset litium, præscriptiones & usucapiones sunt introductæ: *argum. l.* 1. *d. usucap.* quæ ipsa consideratio sufficiens non est, ut tollat naturalem obligationem,

cum ipse Justin. *Nov. 9.* usucapionem iniquum præsidium appellet, & bonum publicum etiam citra hoc sustineri possit, nec directo inquietetur per frequentes controversias: siquidem justa causa sit agendi contra possessores, quibus etiam facile patrocinari contra veros dominos, naturalem æquitatem offendit: idque vel maxime, si breviora sint tempora præscriptionum, in quibus terminis prætextus tantum iste est & color qui à bono publico obtenditur: cui manifestò indicio est, quod Justin. *in princ. Inst. d. usucap. & in l. 1. C. d. usucap. transf.* iniquitatis arguit jura vetera quibus nimis brevi temporis spacio anni vel biennii, miseri, ut ait Justin. domini, rebus suis etiam immobilibus defraudabantur: Et cum præscriptio tota sit juris positivi, eaque in variis rebuspub. imò in iisdem etiam, diversis temporibus, diversa, non potest simpliciter asseri quod præscriptio tollat naturalem obligationem & pactum remissorium inducat: cum præsertim multa incidere possint, quæ præsumtionem negligentiæ in creditore & multo magis remissionis excludant. Fatendum plane est, quò longiora sunt tempora præscriptionum, eò minus abiri à naturali æquitate, sed nec in istis quidem terminis Vasquii rationem & sententiam simpliciter extra considerationem variarum circumstantiarum procedere posse, rationes jam allatæ evincunt. Dicam in universum, quod res consideratur quasi in abstracto & in Idea, ex jure gent. extra hanc vel illam rempubl. & procul dubio naturalis obligatio superest: vel in aliqua republ. & dicam, non quidem revera sublatam, sed autoritate juris illius præscriptionem inducentis, infirmatam esse: hoc enim posse jus civile sæpe diximus, ut obligationem etiam naturalem, quæ revera subest, ademtis effectibus tollat aut infirmet potius: quæ verissima est sententia Dd. relata à *Vasq. d. cap. 53. nu. 10 Balb. d. præscript. part. 1. quæst. 10.* ab illo male improbata, ab hoc rectè probata. Unde apparet posita etiam in rei veritate obligatione naturali, non tamen inde inferri quod ei rectè accedit fidejussor in Repub. Romana, in qua ita constituto jure obligatio illa naturalis non attenditur, sed naturalitati suæ relinquitur: cui argumento est, quod ut rectè tradunt citati autores, qui præscriptionis exceptione tutus pecuniam solvit, solutum repetere potest *argum. l. 40 in princ. d. condict. indeb.* Et hæc est sententia communis Dd. attestante *Vasq. d. cap. 53. nu. 14. & Balb. d. part. 1. qu. 6.*

quod

quod obligationi præſcriptæ non rectè accedat fideiuſſor, quoniam obligatio naturalis jure civili infirmata, eodem jure, hoc quoque effectu eſt deſtituta. In quo manifeſtè labitur Tr. dum affirmantem ſententiam Dd. adſcribit, deceptus eo, quod illi putant ſubeſſe adhuc naturalem obligationem; ſed iidem rectiſſimè ſtatuunt ut locus ſit fideiuſſioni, non ſufficere ſimplicem naturalem obligationem, quam jus civile ademtis effectibus infirmavit: de quo etiam aliquid dicemus *diſput. ſeq. th. ultim.* Et hinc defendi poteſt contra Tr. nec ſi ſciens intervenerit fideiuſſor, eum teneri: quoniam nulla eſt principalis habilis obligatio, cui fideiuſſio innitatur: eoque pertinet *l. ſi quis 37 h. tit.* neque enim quod ibi dicitur, erroris nullam eſſe fideiuſſionem, eo tantum pertinere exiſtimo, quod errans quis fideiuſſerit, ſed quod ipſa fideiuſſio propter defectum obligationis principalis, ipſa per ſe ſit erronea: & nimirum ſi vera eſſet naturalis obligatio, id eſt quæ jure civili pro tali haberetur, procul dubio ſimpliciter teneret fideiuſſio, utcunque errorem prætenderet fideiuſſor: & hoc modo in ſimili ſuccurritur fideiuſſori quem dedit mulier quæ interceſſit, cuius itidem obligationem naturalem quoque SCtum infirmavit *l 16. ad SCtum Vellejan. l. 9. C. eod.* Ad illud autem, quod de præſumtione donandi dici poſſet, jam ante reſpondimus, & ſpeciales pauci caſus ſunt, antea etiam explicati, quibus fideiuſſor ubi nulla revera ſubeſt obligatio, tanquam principalis obligatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Non ſatis capio, quid intelligat per fideiubendi modum, qui ſane non rarò idem videtur eſſe cum forma, & ille tamen modum in forma poſitum eſſe ſtatuit: & minus convenire videtur, quod modum etiam collocat in quantitate: illud autem prorſus incongruum, quod cum in quantitate collocet modum, mox lit. C. & ſeqq. ait, plus debito, de quo explicaverat quantitatem, non ſolum eſſe ratione quantitatis, ſed etiam rei, loci, temporis: atque ita efficitur, ut quantitas non tantum ſit in quantitate, ſed etiam extra quantitatem: neque enim ferri poteſt, ut quantitas diverſiſsimis modis modo hic modo ibi accipiatur, ſicut & repugnat

usus juris, & natura proprietasque rei, ut sub quantitate comprehendantur locus, tempus, & alia quorum diversitas inutilem facit fideiussionem. Sed & male in thesi opponitur res & quantitas, maximè ad mentem Justin. cuius autoritas adducitur à *Treut. sub lit.* C. ex §. *si quis agens Instit. de action.* ubi manifestè sub re quantitas comprehenditur, imò res de quantitate explicatur: nam aliàs non nego, quin vocabulum rei in specie, quatenus corpus certum significat, rectè quantitati opponatur: Rectius fortasse dixisset, formam sive modum fideiussionis esse tum in ipsa stipulatione, (quávis rectius forma eius in intercessione collocetur) tum in proportione & congruentia quadam cum obligatione principali. Ex quo & hoc sequitur, male ab ipso opponi hæc duo, formam & quantitatem: quoniam hoc ipsum ad formam pertinet, ne plus sit in obligatione fideiussoria, quam in principali. Denique non est plena enumeratio, quantitatis rei, loci, temporis: quoniam eo referri non potest propriè loquendo, si quod reus debet sub conditione, fideiussor purè promittat.

Fideiussionem contrahi per stipulationem certum est & ostendit eleganter *l. blandius* 12. *Cod. h. tit.* ubi, quare rectè *fideiussum* sit, Imperator hanc rationem reddit, quia receptum *sit, illis* verbis rectè contrahi stipulationem. (De lectione autem illius legis, præter allegatum *Cuiac.* 14. *obs. ult. vide Alc.* 1. *parerg.* 3. *& Donell. in d. l.* 12.) unde dependent & fluunt quæ hic sequuntur apud Tr. fideiussionem quavis lingua fieri posse, etiam per interpretem fieri posse, tantum inter præsentes fieri posse: quoniam ita jus obtinet in stipulatione. D. moribus hodiernis aliquid dictum *th.* 1. *lit.* B. Illud quoque in f. huius lit. adiectum, extra dubium est, quod sola commendatio, aut affirmatio, aliquem esse solvendo, non inducat fideiussionem, quippe cum nec inducat mandatum, utcunque intercesserit consilium §. *tua tantum Instit. mandati*, de quo actum *supra part.* 1. *disput.* 27. *th.* 5. *lit.* G.

LIT. B.

Hæc est convenientia quæ requiritur, ut fideiussor ne debeat & promittat plus, quam reus principalis. Potest autem hæc quæstio dupliciter considerari: quoniam interesse videtur, V. C. an cum reus principalis debet sub die, fideiussor interrogatus sub die respondeat purè, an verò ita responderit purè interrogatus. Eodem

dem modo si reus debeat centum, an fideiussor interrogatus eadem centum respondeat ducenta, an super ducentis etiam interrogatus. Et tamen existimo, utroque casu vitiari fideiussionem, quoniam hic non agitur de vitio, quod commune sit cuivis stipulationi, sed de vitio proprio fideiussionis, quæ jure nostro pro nulla habetur, si excedat obligationem principalem. Excipit autem hinc Tr. nisi juramento confirmata fuerit fideiussio. Et hæc quoque non simplex quæstio est: quoniam diversitas responsionis qua plus continetur, vel est in qualitate vel quantitate. In illa si diversitas sit temporis, loci, conditionis: in hac si diversitas sit in summa & quantitate. Priori casu constat stipulationem & fideiussionē ita nullam esse, ut nec V.C. sub die vel conditione sub qua reus debet, promissor obligetur: itaq; hic satis tribui putaverim juramento, si fideiussio valeat juxta eum modum, quo principalis est obligatus, cum citra juramentum nulla fuisset futura fideiussio, cuius aliàs quodammodo e verteretur natura, juxta quam antequā reus debeat, non potest obligatus esse fideiussor. Quod si enim hoc admittimus in debitore ex die, qui jam debere cœpit, etiam admittemus in debitore conditionali. Ubi autem diversitas in quantitate est, siquidem cum Dd. communis fideiussionem prorsus esse nullam dicimus, eadē ratio erit, quæ casus præcedentis: sed posita Tr. sententia defendendum videtur, fideiussionem juratam in plus omninò validam esse, quod alias juramenti nullus futurus sit effectus: cum propter autoritatem juramenti non possit non serio credi actum esse: cum amplius hodie etiam pacta nuda penè eundem effectum habeant cum fideiussione. Quamvis ex adverso moveat, quod cum principalis tantum non debeat, non poterit utiq; plus debere fideiussor: neq; enim ratio permittere videtur, ut cum Dd. quos refert & sequitur *Marsil. d. fideiussor. num.* 291. obligationem dividamus, & promissorem pro parte ut fideiussorem, pro parte ut principalem reum teneri dicamus: cum & amplius existimare possimus, plus promisisse fideiussorem, ut tanto magis animum suum & enixam voluntatem erga debitorem ostenderet: & vulgo quoque traditur, quod juramentum limitetur & reguletur secundum actus naturam primordialem, cui non facilè, sed facilius accidentalibus contractuum detrahatur per juramentum, ut pluribus tractat *Covarruv. in cap. quamvis d. pact. in 6. part.* 1. *§. quarto.*

& ita futurum esset, ut juramentum præter rationem juris inducat separatam obligationem: sed videtur contrarium teneri communis, & in genere, quod ubicunque alias fideiussor in duriorem causam acceptus non obligetur, juramento accedente eum teneri ut principalem; quia jurando videatur teneri velle quocunque modo, tradit *Bart. in l. si quis pro eo. 56. n. 15. h. t.*

Sed videamus de illa quæstione, an quivis fideiussor, etiam qui non juravit, si plus promiserit, nihilominus ad summam concurrentem usque teneatur. Et communius itum est in negantem sententiam, per *l 8. §. illud 7. h. tit.* ex quo hoc educitur argumentum. Fideiussor in duriorem causam adhibitus omninò non obligatur *d. §. 7. in princ.* Atquin qui in maiorem summam fideiubet, in duriorem causam adhibetur *d. §. 7* ubi ex propositione præmissa infertur, quod in minorem summam rectè fideiussor adhibeatur: quibus verbis satis innuitur casum alterum, quo quis in majorem summam intervenit, pertinere sub regulam qua fideiussorem omninò non obligari respondetur. Equidem verba *omninò non* Tr. cum quibusdam existimat idē significare, quod, *in solidum non*, ut ita efficiatur sententia contraria, quod fideiussor in concurrentem summam obligetur. Verum accuratius consideranti alienum hoc videtur à mente JCti: tum quod Ulp. *in l. si non sortem. 26. §. 3. d. condict. indeb.* eâdem phrasi utitur, ita ut *omninò non deberi*, significet, prorsus non deberi: & idem eodem sensu *omninò non teneri l. 3. §. 2. inf. d. admin. tut.* & idem *in l 4 §. 3. rem. pup. salv. fore.* tum quod subiecta oppositio fideiussoris in leviorem causam accepti, arguit in contrario casu eum non obligari: tum quod in exemplis aliis in eod. §. propositis, constat fideiussorem prorsus non obligari: qua de causa minus probabilis fit lectio Haloandri, *non omninò obligari.* Sed & Justin. *in §. fideiussores 5. Instit. h tit.* negat fideiussorem in maiorem summam obligari posse, eodem modo quo negat obligari fideiussorem, qui purè promisit, cum reus sub conditione vel die deberet. Sed ex adverso, & quod fideiussio usque ad concurrentem summam valeat, hæc afferuntur 1. quod in maiori summa ipsa vi & potestate inest minor, ita ut qui 20. promisit, etiam decem promisisse videatur *l. 1. §. 4. d. V. O. iuncta l. inter §. diversa 3. D. eod. 2.* si propter diversitatem in summa & quantitate non vitiatur stipulatio principalis, nō etiam & multo minus vide-

bitur

bitur vitiari accessoria: atquin verum est prius ut probatum *disput. praced. thes. 1. lit. G. ex l. 1. §. 4. d V O.* ubi hæc ratio redditur, quod manifestissimum sit in 20. decem inesse: & tanto magis videtur valere debere accessoria obligatio, quod per relationem ad obligationem principalem facilius quantitas determinari potest. 3. facit quod *in l. hactenus* 11 *§. 1. d. const t. pecun.* traditur, eum qui ducentos aureos constituit, cum centum tantum deberet, ex constituto teneri in centum, & id tamen non minus accessorium est quam fideiussio: neque ratio differentiæ sumi potest ex solennitate stipulationis: tum per *d. l. 1. §. 4 d. V. O.* tum quia inutilis est fideiussio etiamsi congruat responsio cum interrogatioe, & in hac plus comprehensum sit quam in obligatione principali, ut satis apparet ex *l rogatus* 33 *mandati. & ex d. l.* 8 *§. 7. h. t.* ubi dicitur si reus sub conditione vel die debeat, fideiussorem purè accipi non posse, atque ita non teneri, ut maximè creditor ab eo stipulatus sit: centum quæ Titius V. C. post annum debet, hodie fide tua esse jubes. 4. facit *d. l.* 32. *mandati*, ex qua qui ex mandato fideiubere debuit, si in maiorem summam se obligaverit mandati actionem habet, quatenus rogatus est, quam non haberet, si fideiussio nulla fuisset, in quem casum potius pecuniæ solutæ condictio concedenda esset. Et hæ posteriores rationes videntur esse potiores: & quod ad §. 5. *Inst. h. t.* attinet, explicatio facilis est, non posse obligari fideiussores in plus, ut plus illud ab iis exigi possit: neque necessum est, ut eadem prorsus ratione in casu utroque ibi proposito, verba accipiantur: quod in casu simili, *d sput. praced. th. 1. lit. G.* respondimus *ad §. praterea. 5. Inst. d. inutil. stipul.* Sed & argumentum prius non omninò recta deducitur *ex l.* 8. *§. 7. h. t.* siquidem durior causa multis modis dici potest, & ferè non nisi à contrario sensu consequentia petitur, & diversis prorsus casibus ibi tractatis, non rectè eadem decisio aptari videtur: & cum multa hinc inde detraxisse constet Tribonianum, ex coniunctione §. non semper efficax & necessarium sumitur argumentum, præsertim ubi ex altera parte magis perspicuæ sunt rationes & textus. Sed tamen, ne quid dissimulem, videtur ita potius eludi ille textus, quam solide ad illum responderi, cum nec obscurum sit, eodem sensu ibi accipi, *omninò non obligari, & non obligari.* ut paulò post respondet JCtus, si quis reo sub conditione obligato, purè promi-

serit.

ſerit, quo caſu nullam eſſe fidejuſſionem non dubitatur. Et videri non immerito poſſit ineptus Hering. qui *cap. 24. num. 54.* inſultat Dd. quod lapſi ſint in via plana, ignorantes virtutem verború: ſiquidem nec ullo juris aut alterius autoris loco oſtendi poteſt quod ille contendit, *omninò non obligari*, idem ſignificare, quod non obligari in totam ſummam: & utcunque verbum *omninò*, ſolum ſignificet inſolidum, vitiosè tamen concluditur pro ſententia Hering. neq; aliud ſignificat *omninò*, quam *prorſus plane* &c Neq; evertit hanc explicationem, quod Ulpian. aliàs falsò diceret hoc obtinere in omnibus, qui pro aliis obligantur, cum in conſtituto aliter obtineat *l. 11. §. 1. d. conſtit. pecun.* Etenim ipſa rubrica, tum totus contextus *l. 8.* arguunt, hoc ad fidejuſſores pertinere, nec aliud dicere voluiſſe Ulp. quam ita obtinere in omnibus fidejuſſoribus, qui pro aliis ex quibuscunque cauſis, quas in præcedd. enumeraverat, obligantur: idque confirmatur ex verbo, *adhibiti*, quod propriè dicitur de fidejuſſoribus, non de conſtitutoribus. Et pene in iſtam opinionem, quod nulla fideiuſſio ſit, proclivior ſum, quam olim probavit Johan. referente *gl. in l. 8 §. §. 7. h. t. Bart. ibid.* ubi ab omnibus omninò eam teneri ait, & communem teſtatur *Vaſq. 1. controv. 40 num. 5.* & alii citati ab *Hering. cap. 24. n. 53.* Et veriſſima reſponſio eſt Bartol. & gloſ. *ad d. l rogatus 33. mandati.* quod ibi fidejuſſor non in majorem ſummam quam debebat reus principalis, ſed in majorem quam rogatus erat, intervenerit, & quæritur an actionem mandati habeat, eò quod exceſſit mandati fines, & incidit in eam quæſtionem, quæ movetur *in l. 3. §. ultim. cum l ſeq mandati*, de qua actum eſt ſupra *diſputat. 27. theſ. 7. lit. G. & 7.* Ex quo vitiosè infert Vaſq. quod fidejuſſor teneatur, etiamſi plus promiſerit quam reus principalis debet. Etenim qui pro re certa, quam emere juſſus eſt plus expendit, cum ex bona fide id faciat, meritò usque ad ſummam quæ mandato comprehenſa fuit, actionem habere debet. Sed cum debitor nec ſoleat nec poſſit ullo jure mandare, ut quis in plus fidejubeat, quam ipſe debet, conſequenter nec creditor nec fidejuſſor ullam juſtam cauſam habere poſſunt exiſtimandi, quod hoc fiat ex voluntate debitoris: & fidejuſſori promittenti non cum debitore mandante, ſed cum creditore res eſt. Pariter diſſimile eſt, quod donatio ultra quingentos ſolidos non in totum nulla eſt, ſed tantum in

ceſſu

cessu: quoniam responderi hic commodissimè potest ex eo quod *Bart. in d. l. 8 §. 7 num. 3.* ex Guilielmo tradit, propter qualitatem accessorii huius, quodammodo requiri pro forma ut ne plus promittat fideiussor, quam ipse reus debet: cæteroquin non minus sustinere possimus fideiussionem, qua promissum est purè, quod reus sub die vel conditione debebat. Argumento non levi est, quod JCti 8. *l.* 16. *l.* 34. *l.* 49 §. 2. & passim tam solicitè tractant, an fideiussor & quando in duriorem causam adhibitus intelligatur: hoc omninò effectu, ut prorsus non obligetur, si spoponderit in causam duriorem: quos terminos durioris causæ in quæstione nostra deprehendi, perspicuè ostenditur *in d. l. 8. §. 7. h. t.* Et hinc etiam removetur, quod urget Hering. utile per inutile non vitiari: quoniam necessum est hoc fallere ubi aliquid requiritur pro forma: cæteroquin multis casibus quibus durior causa est, ex illa generali regula, contra sententiam JCtorum fideiussio sustineretur. Magis obstat communi sententiæ *l.* 11. § 1. *d. const. pec.* neque aliud hic respondent glos. & Bartol. quam diversam esse constituti rationem, quam ego ex citata à Bart. *l. si verò* 12. §. *si post creditam* 14. *mandati,* deprehendere nequeo: nisi fortasis sumatur à natura pacti, in quo prætor nudam æquitatem ex jure gent. considerasse videtur: facit quod constitutum nulla interrogatione opus habet, juris autem ratio hæc fortasis fuit, ut interrogatio creditoris in duriorem causam fieri non posset. Quod attinet ad rationem primo & secundo loco supra propositam, animadverto in ista quæstione hunc casum tractari à JCtis, quo fideiussor in plus etiam rogatus fuit, in quo casu cessat ratio *l.* 1. §. 4. *d. Verb. oblig.* §. 5. *Instit. d. inutil. sti ul.* & nihil aliud in considerationem venire potest nisi natura & qualitas obligationis huius accessoriæ, quæ necessariò referenda est ad principalem: quoniam fide nostra jubere non possumus, nisi quod ante debetur: ex quo fit, ut vitiosè & malè quis stipuletur à fideiussore V. C. centum quæ mihi Sejus debet, fide tua esse jubes, cum hic tantum deberet quinquaginta: qua in re apparet aliqua fideiusionis & constituti differentia. Cæterum si stipulanti à fideiussore decem quæ re vera alter debebat, respondeat fideiussor 20. hoc casu vix ac ne vix quidem video, quomodo evitari posit vis argumenti ex *d. l.* 1. §. 4. *d. V. O.* Cum autem hodie etiam pacto rectè fideiuberi receptum sit, tan-

to difficilius hodie differentia constituti & fideiussionis adstrui videri possit. Sed de hac quæstione nimis fortassis multa, Vide *Vasq. & Hering. citatis locis. Fachin. 8. controv. 51. Gædd. d. contrah. stipul. cap. 4. conclus. 4. num. 65. & cap. 6. conclus. 24. num.* 440. & plures neotericos citatos pro sententia Tr. ab eod. *Hering. num.* 83. superest saltem ut examinemus rationem Tr. qua ita concludit: si fideiussor obligare se potest ad interesse pro eo qui factum promisit, ergo etiam poterit fideiubere in plus quam reus principalis. Rationem connexi reddit, quod longe plus sit in obligatione ad interesse, quippe quod rem ipsam multum excedere possit. Verum hic non semel peccare videtur Tr. nam 1. si verum est, quod Tr. præsupponit, in eo quod interest plus esse quam in facto, & hunc fideiussorem ad interesse totum teneri, sequitur quod in quæstione nostra fideiussor non tantum in summam concurrentem, sed eam quam promisit integram teneatur, quod procul dubio falsum est. Deinde aliud falsum sequeretur, quod fideiussio utilis esset, etiamsi plus tempore, loco &c. quin imò si aliud pro alio promitteretur, siquidem interesse diversum est à facto: cum tamen Tr. lit. C. per diversitatem in tritico & pecunia, *qua res omnes æstimantur*, fideiussionem vitiari rectè statuat. *Sed videtur* errare Tr. dum hoc casu, quo pro reo faciendi intervenit fideiussor, hunc vel in plus vel in aliud teneri existimat: quoniam ita jus est, ut cum ipso Tr. *disp. preced. th.* 1. probavimus, ut promissor non præcisè ad factum teneatur, & amplius quod eo moram faciente vel contra faciente, non ad factum sed tantum ad interesse agatur. quæ eadem fideiussoris obligatio est, hac tantum, ut existimo, diversitate, quod si in facto sit electa industria personæ, ipse fideiussor offerendo aut præstando factum, non efficiat liberationem. Et huc pertinere videtur *l. cum filius* 49. §. 1. *d. V. O.* ex qua reo contra promissionem venienti, & ipse & fideiussor tenentur. Nihil autem huc pertinet citata à Tr. *l. si ita* 55. *h. tit.* nihil etiam *l. un. C. d. sentent. qua pro eo quod interest*: quoniam ex ea interesse procul dubio primò ita æstimatur contra ipsum reum principalem: & ex obligatione faciendi generaliter fit æstimatio quanti interest factum fuisse, in quod uterq; & reus & fideiussor tenentur. Quod in f. lit. pro diss. citat. Dd. & Marsil. pertinet ad quæstionem principalem,

palem, an fideiussor in quantitatem maiorem acceptus in summam concurrentem teneatur.

LIT. C & D.

Animadvertit Tr. enumerationi suæ quam in thesi fecit, aliquid deesse, ideoque hic adiicit, vel ratione causæ: sed non videtur rectè causa explicari de conditione, siquidem disertè Justin. *in §. si quis agens 33. Instit. d. act.* aliter in hac materia explicat causam: quamvis suo sensu sed præter usum juris conditio existens dicatur rectè obligationis causa. Sed nimirum hic conditio simpliciter tanquam adiecta obligationi consideratur, & aliàs non minus dies quem tamen à causa separat Tr. actionis efficaciter movendæ causa diceretur. Illud lit. D. de adiecto loco, non per collectionem elicitur, sed in textu expresè deciditur *l. 16. §. 1. h titul.* quod durius obligari credatur, qui se certo loco soluturum promisit: ubi adiicitur ratio, quoniam alibi solvere non possit invito stipulatore: cæterum alio respectu levius obligatus hic videri possit, quatenus utilitas loci consideratur, in quo fortassis facilius pecuniam expedire possit: inde enim est, quod creditor alio loco petens plus petere dicitur, quoniam utilitatem loci adimit debitori *§. si quis agens, 33. vers. loco Inst. d. act.*

LIT. E.

Videtur hic in exegesi repetere regulam, quod fideiussor non possit obligari in plus, argumento allegatæ *l. si testamento. 49. §. 2. inf. h. tit.* Deinde porrò amplius supplet enumerationem suam, his verbis, *& similibus modis*, quibus nimirum fideiussor in causam duriorem accipi videatur: & modorum istorum duo proponit exempla: primum his verbis, *ut ratione personæ quæ facilius conveniri potest*: quibus verbis quid velit non satis assequor, quoniam eiusmodi casus minime proponitur in cit. *l. h qui. 34. h tit* sed hic, quo cum reus principalis promisisset creditori aut Titio, fideiussor promisit creditori soli, & obligari negatur: quia commodius est, duobus solvere posse. 2. Si obligatio sit alternativa: quod rectius retulisset sub causam, autore Justin. *in §. si quis. 33 vers. huic autem Instit. d. act.* Cæterum non uno modo ratione alternationis causa durior vel levior videri potest argum. *l. 8. § 9. h. t.* ubi durior causa est, ademta electionis facultate, sed *in d. l* 34. levius fideiussor obligatus censetur, qui cum reus promisisset duo alternativè, promi-

ſit tantum unum, quod ſc. eo V. C. mortuo liberetur, cum aliàs in altero obligatio manſiſſet *arg. l. ſi Stichum 16. d. V. O.*

L I T. F.

Efficacius ſe obligare poteſt.] Varia huius rei exempla affert Tr. & 1. quod fideiubere quis poſsit ſub fide juriſiurandi: quod tamen, ubi aliàs legitimè contracta eſt fideiuſsio, & perſona habilis, nihil roboris jure noſtro civili addere videtur. 2. quod obligare ſe poteſt fideiuſſor per inſtrumentum Guarentigiatum: ſed tamen neceſſum erit jure novo prius excuſſum eſſe reum principalem: & in hoc videlicet efficacior eſt obligatio, quod cum reus actione ordinaria conveniendus ſit, contra fideiuſſores via executiva procedi poteſt, Guarentigiatum autem ait hic Tr. appellatum à firmitate, aliter quam ſupra *diſput. 5. theſ. 5. lit. C.* ubi deducit à Guardia & ſecuritate: fortaſsis rectius à verbo Germanico, **gewehren** / unde apud interpretes juris Saxon. Guarenda, *Kilian. König. in proceſſ. cap. 48.*

Quod de ceſsione huius inſtrumenti ſubiicit, nihil huc pertinet, & propriè non inſtrumentum, ſed actio cedi dicitur ſub vi eiusdem cautionis. Illud de titulo generaliter requiritur *in ceſſionibus* actionum, quæ aliàs odioſæ & ſuſpectæ fraudis & ſimulationis, qua de re tractant *Dd. in l. per diverſas 22. & 23. Cod. mandati.*

Sic obligationi ſimplici.] Tertium hoc eſt exemplum obligationis efficacioris, fideiuſsio cum hypotheca: quod tamen fortaſſis dicitur non ſatis accuratè, quoniam hypotheca non facit obligationem fideiuſſoriam firmiorem, ſed alia & ſeparata eſt obligatio. Et nimirum obligationi principali ſimplici poterit ita accedere fideiuſſor, ut ſimul in ſecuritatem debiti quædam bona pignori obliget: ad quem tamen caſum quadrare non videtur, quod Tr. ſubiicit, ſi creditor convenire malit fideiuſſorem, jus pignoris in eum transferre teneri: hoc enim locum non habet, niſi ubi tertius vel ipſe potius reus hypothecas conſtituit, ad quem etiam poſteriorem caſum pertinent citati à Tr. textus *in l. 2. 17. & 25. C. h. t.* in quibus terminis plus quam manifeſtum eſt, dici non poſſe, quod ipſe fideiuſſor aut efficacius aut magis ſit obligatus.

Idem in pœnæ adiectione.] Gl. *in l. ſicut. 65. h. tit.* notat à quibusdam ita explicari quod eſt *in d. l. 65. fideiuſſorem poſſe promittere ſe facturum,*

ctiurum, quod ſcil. in eventum ſi non faciat promittere poſsit pœnam: cæterum probari videtur *ex l. cum filius* 49. §. 2. *d. V. O.* fideiuſſorem obligationis faciendi non teneri, ſi ipſe contra faciat, & quod adeo fideiubendo ipſum factum preſtare non obligetur, nec illud præſtando liberetur: quod tamen reſtringi ſolet tum ad ea quæ ſunt in non faciendo, tum quæ non æquè poſſunt fieri per fideiuſſorem; quam rem plenius & accuratius diſtinguit & explicat *Bart. in l. ſi quis pro eo* 56. *in pr. h. t. n.* 1. *&* 2.

Hinc & ad carceres.] Ex eo, quod fideiuſſorem efficacius obligari poſſe dixerat, infert, quod etiam ad carceres pro debitore ſe obſtringere poſsit. Mihi iſta connexio inconcinna & inepta videtur, quia carcer obiectum obligationis non eſt, nec ulla jure noſtro conventio habilis eſſe poteſt, ad iſtam obligationem producendam. Ideoque, ut ſummatim dicam, huiusmodi pactum jure noſtro invalidum & nullius prorſus effectus eſſe, perſuaſiſsimum habeo: & tanto magis, quod non obſcurè Tr. hunc pacti iſtius effectum ſtatuit, ut creditor etiã privata & propriâ autoritate fideiuſſorem comprehendere, & in carcerem deducere poſsit: ſubiicit enim, jus iſtud, ex pacto quem in carcerem trahendi, conſtitutione Auguſti, ita limitatum & temperatum eſſe, **daß dem glaubiger das anhalten nicht für sich alleine gestattet / sondern vermittelst des Richters die Execution gesucht werden solle**: ſed etiam ita limitatam pactionem jure noſtro & ex certa ſolidáque eius ratione, nullam eſſe, nullus dubito, nec, opinor, dubitabit, quisquis naturam conventionum earumque obiectum & effectum intelligit. Nimirum jure noſtro omnis conventio eſt de dando vel faciendo, ſub quo ridiculè contineri quis dixerit, in carcerem ire: jure noſtro ex conventionibus naſcuntur aut exceptiones aut actiones: & ridiculè quis talem actionis formulam jure noſtro petat, aut proponat, Ajo te in carcerem ire oportere. Carcer noxiorum & condemnatorum vel alias contumacium hominum receptaculum eſt, ut ſuper fideiuſſore ſimpliciter ex ſimplici promiſsione incarcerando judicis ſeu magiſtratus nobile officium implorari & obtineri non poſsit; quod præſertim conventionibus ſimplicibus non inſeruit. In carcerem coniicere mixti eſt imperii, ad quod quæ pertinent limites & poteſtatem conventionum excedunt. Neque ab executione eſt incipiendum, ſed contra debitores remediis ordinariis

procedendum: nec quisquam propitiis auribus audiat creditorem, qui statim in carcerem velit recipi reum, nec quisquam magistratus, ex ratione juris nostri hanc petitionem admittat. Neque existimo in jure nostro sub eius quod interest appellatione, cuius nomine actio datur, contineri, quod forte debitor carceris metu aut dum in carcere est, vel ipse vel eius amici de expedienda pecunia citius & certius sint cogitaturi. Et in summa tolleretur ita ordo juris & humanitatis, ex qua causa quidem Dd. negant renuntiari posse beneficio cessionis bonorum, ut not. sup. *disputat. 24. thes. 4.* Et oppidò quam frivolæ imò futiles sunt rationes & fundamenta quibus movetur *Myns 6. obs. 51.* ex quo Tr. & textus & Dd. allegatos descripsit. Prima ratio est. Pacto posse effici, quidquid potest fieri à lege: hoc autem procul dubio lege effici posse, ut quis propter debitum in carcerem detrudatur. Resp. 1. non immerito improbam videri posse legem, quæ citra processum aut contumaciam præcedentem protinus debitorem in carcerem coiici velit, neq; istud ullo textu juris constitutum est, sed receptum in debitoribus contumacibus, & excussis prius *l. 3. §. qui pecun. 16. d. susp. tut. l. 1. Cod. qui bon. ced. poss.* Et hinc 2. constituto eo, quod hoc lege permissum non sit, falsissima est propositio, pacto privatorum induci posse, quod lex introducere potest: cum ridiculum sit eam potestatem dare & adscribere privato, quam habet Reipubl. caput, penes quod est potestas legis condendæ: & hactenus saltem parem cum lege, imò maiorem potestatem habet conventio & pactum, quatenus occupatur circa dispositionem bonorum cuiuscunque. Secunda ratio est, quod cuilibet permittatur capere obnoxium fugientem *l. 1. C. ubi decuriali vel cohortali.* Respondeo hoc ibi tradi, quod qui in municipiis oneribus certis adstricti sunt, si conditionem suam exsuere malitiosè conentur, non in carcerem protinus rapi, sed audiri, & convicti ad pristinam conditioné debeant revocari, ex quo ineptè infertur, quod ex pacto fideiussor ad carceré se obligare possit. Tertia ratio est, quod liceat propria autoritate capere debitorem fugientem *l. ait prætor 10. §. si debitorem 16. quæ in fraud. cred.* Resp. hoc tantum ibi proponi, quod sub distinctione pecunia quam creditor abstulit, cæteris sit communicanda, factum autem ibi nec probari nec improbari: sed & diversum est pecuniam adimere debitori, & eum detinere: & ut maximè

hoc

hoc quoq; permittatur, est ille casus prorsus singularis, permissus ex causa necessitatis, quæ ordinariam procedendi rationem non admittit, ut notant ibid. Dd. & in specie Bart. ait deducendum esse debitorem ad magistratum, ut de sistendo caveat. Quarta ratio quod jure gent. ex quo descendunt pacta, permissum sit aliquem capere, detinere & servare, *per l. 4. inf. d. stat hom. §. 1. Inst. d. iur. person.* Resp. hanc rationem esse ridiculam, quoniam textus loquũtur de hostibus, quos jure belli occidere licebat. Quinta ratio est, quod liberi homines possint dari obsides ut vincti teneantur in certo loco. Resp. hoc à Dd. quod citat *in l. 2. C. d. patrib. qui fil. distrax.* non probari nec tradi, sed à quibusdam hoc saltem affirmari, quod pater captivus pro sui liberatione obsides dare possit filios. 6. adducitur à Mynsing. *l. si fideiussor. 7. §. ult. qui satisd. cog.* Resp. ineptos esse qui ex eo textu, vel personã tanquam suspectam custodiri, vel à re quæ propter periculum corruptionis sequestratur, ad personam carcerandam argumẽtum duci posse, existimant: sed & ibi de judicio constituto & officio magistratus tractatur. Ex quibus licet judicium facere, quam bene moneat Mynsing. à se dicta tanquam memoratu digna, non esse contemnenda: quin illa potius notanda sunt, quæ *à Sal. cit. in l. 1. C qui bon. ced. poss. Bart. Ang.* & aliis ab ipso Mynsing. in pr. citatis, contra ipsius sententiam proponuntur.

Hinc obstagii pœnam.] Eiusdem farinæ hæc consequentia est, quod obstagii pœna jure licita sit. Possit esse licita consuetudinario gentis cujusdam jure, & olim apud Germanos licita fuit, hodieque in quibusdam partibus Imperii, veluti in Holsatia, inter nobiles licita esse perhibetur: sed jure nostro Romano licitum non est, ut debitor in certo loco se sistere ibiq; manere, & creditori sumtus suppeditare teneatur, donec debitum exsolvatur. Et nimis generale est, quod movet *Geil. 2. obs. 45.* quod grave sit fallere fidem, quo modo nihil non pacto effici possit: & jure nostro certa prodita sunt remedia, quibus contra debitores experiamur. Et ad hanc tractationem pactorum fideiussoriorum omninò pertinere videtur, quod lit. seq. errore fortassis typographi proponitur, de mulieribus, quæ ob debitum in carcerem coniici non possunt, *Nov. 134. c. 9. auth. hodie C. d. custod. reor.* Et non dubito errare Tr. qui putat mulieres & pro debito proprio & pro alieno

se ad

ſe ad carcerem adſtringere poſſe: illud ſi ſaltem renuntiaverint beneficio *d. Nov.* 134. hoc ſi inſuper renuncient Vellejano. Ita enim nullo negotio eluderetur conſtitutio Juſtin. quem apparet conſideraſſe pudorem ſexus, eoq; nec in criminalibus mulieres in ordinarium carcerem recipi voluiſſe.

L I T. G.

In minorem partem.] Certum hoc eſt, quod fidejuſſor in minus & levius obligari poſſit, adeoque quod porrò quærit Tr. etiam in brevius tempus: qua in re non incerti juris eſt, quod etiam poſt tempus ipſo jure duret obligatio *l.* 44. §. 1. *d. O & A.* ſed debitor exceptione pacti defendatur *at ſi ita* 3. *Inſtitut. d. V. O.* Quod autem attinet ad conſtitutionem Electoris Auguſti *part.* 2. *cap.* 19. ea non videtur pertinere ad iſtum caſum: quo nominatim ad certum tempus tantum obligatum ſe eſſe velle dixit, ſed quo ſimpliciter fidejuſſit, hoc ſaltem adjecto, ſe amplius teneri nolle, ſi ſolutio certo tempore non fuerit ſequuta: præſumitur enim hic, juxta ordinarium jus interpellari debere debitorem à creditore, cujus adeò interveniente morâ & culpâ, dum intra tres menſes non interpellavit, fidejuſſor exceptione defendi debet, quia tacitè *pacto illo* interpellationem creditoris exegiſſe videtur, cujus ſi *nulla culpa* ſit, & debitor interpellatus non ſolvat, fidejuſſor efficaciter obligatus manebit. Et hinc depēdere videtur quęſtio ſequens apud Tr. in qua hoc conſiderandum, an adſcriptio illa unius fidejuſſoris obligationem ſuam limitantis & determinantis, ipſi jus proprium quærere, & obligationi præcedenti indefinitæ derogare poſſit. Quo poſito, (& poni poterit, ſiquidem cæteros fidejuſſores in ea adſcriptione acquieviſſe, nec contradixiſſe ponamus) conſequens eſt, ut ſi juxta conſtitutionem Auguſti intra tres menſes (apud Tr. errore Typographi ſcriptum eſt triennium) creditor non interpellaverit debitorem, fidejuſſor non amplius ille teneatur, adeoque nec cęteri confidejuſſores exacti virilem portionem ab eo repetere poſſint.

T H E S I S V.

L I T. A.

Ait fidejuſſorem non teneri niſi in id, quod eo tempore in obli-

obligatione erat: & statim ampliat adeò, ut nec usurarum nomine vel ex culpa moráve debitoris regulariter teneatur. Et prius illud verum est, quod ob moram vel culpam debitoris, qui V.C. in loco adiecto non solvit, obligatio fideiussoris non augeatur quo ad usuras vel quoad interesse, quo refertur *l. centum* 8 *d. eo quod cert. loco*: sed posterius in genere verum non videtur, quod mora & culpa rei non faciat teneri fideiussorem, nec ei noceat, quia constat inter omnes, nocere quo ad perpetuandam obligationem, quo refertur *l. mora* 88 *d. V. O.* de quo pluribus actum *sup p. 1. disp. 23. th. 5.* ibidem de exceptione quam hic ponit Tr. nisi in omnem causam se obligarit fideiussor, & add. *Salic. in l. fideiussor* 10. *in pr. C. h. t.* ubi tractat, an fideiussor simpliciter acceptus teneatur in usuras. Illud saltem addo, à quibusdam, ut probent, quod fideiussor simpliciter acceptus, in omnem causam teneatur, vitiosè adduci *l. si quis* 56 §. 2. *h. t.* Etenim committitur fallacia in verbo, *causa*, quæ ibi significat utrumq; casum, ex quo in mutuo obligatur debitor, *acceptionis*, si pecunia fuit solventis, *& consumtionis*, si pecunia fuit aliena. Deinde in ea specie in casu quo pecunia aliena mutuo data erat initio non fuit contracta obligatio, sed ex post facto, consumta pecunia: ut proinde non possit dici fideiussor teneri ultra id quod in obligatione fuit: aut si quis hoc nimis argutum esse putet, dicam quod Tr. intelligat, quod postea accedit ad augendam obligationem, veluti, id quod interest aut usuræ: sed in specie *d. l.* 56. in idem tenetur fideiussor quod numeratum fuit: & consumta pecunia, perinde habetur, atque si ab initio pecunia, propria mutua data fuisset. Videtur etiam obstare *l. si ab uno* 17. *ut legator. nom caveat.* Sed respondebo hoc fieri ex quadam fictione juris, quod uno hæredum repudiante, perinde habetur, atque si alter ab initio in solidum scriptus fuisset.

Fideiussor iudicio sisti.] Sententia hæc, quod qui fideiussit de iudicato solvendo, teneatur in expēsas litis, expeditā habet rationem, quod eiusmodi intelligitur intervenire in omne id, quod pronuntiatum erit à judice: expensæ autem debentur ex sententia judicis, aut prorsus non debentur.

L. I. T. B.

Adeoque & hæredes] Dubium non est hæredes teneri, utcunque nulla eorum facta sit mentio: & adeò certum, ut nec textibus

nec autoribus ad hoc citatis fuerit opus: quoniam obligatio hęc est ex contractu, ex quo constat, obligationem transire in hæredes etiamsi dolo malo versatus fuerit defunctus, ita ut hoc casu etiam in solidum hæredes teneantur *l. ex contractibus* 49 *d. O. & A. l. ad ea* 157 *d. reg. iur.* citatus autem *Reinhardus part.* 1. *differ.* 19. jure Saxon. fideiussoriam obligationem in hæredes transire negat, quod in medium relinquo.

Excipe tamen certos casus.] Nec hoc dubium est, quin consuetudo possit in hac re derogare juri communi. Altera exceptio Tr. est, si expresse instrumento debiti cautum reperiatur, quod loco fidejussoris mortui debitor creditori alium dare teneatur, hoc enim casu ex destinata mente creditoris obligationem intelligi personalem. Ubi ambiguum est, quod obligationem ait esse personalem, id est non descendentem ad hæredes: quoniam omnis obligatio jure nostro personalis dicitur, quæ personalitas non impedit transmissionem in hęredes, qui repræsentant personā defuncti; sed alio sensu dicuntur privilegia personalia, quæ omninò cum persona expirant, ut nec in hæredem repræsentantem descendant. Sed ut de hac quæstione & exceptione, quæ in facto contingit, paulo plenius dicamus, sententia Tr. hinc confirmatur, quod cum conventiones & pacta legem dent contractibus, sicut quævis alia, ita & obligatio fidejussoria dubio procul ad personas ipsorum contrahentium pacto poterat restringi. Videtur autem conventionis istius, de substituendo alio in locum defuncti, hic esse effectus, & hoc ea agi, ut tantum personæ ipsorum fideiussorum adstringantur: siquidem nihil aliud ea operari posse videtur: verba autem in conventionibus ita explicanda sunt, ut ne sint superflua & otiosa *l. si quando* 109. *ubi id notat Bart. d. legat.* 1. *Everh. in loco, ab exceptione ad regulam*, quin imò nullum verbum nec minimum, quin nec syllaba in contractu posita, debent esse sine virtute & mysterio aliquid operandi, ut pluribus tractant *Bald. ad rubric. Cod. d. contrah. emt. col.* 2. *quæst.* 9. *Dec. cons.* 473. *num.* 5. *Ias. in l. ultim. quod quisque iuris in f. Tiraq. d. retract. convent.* §. 1. *glos.* 2. *num.* 24. & 45. *Wesemb. cons.* 52. *num.* 46. & aliàs quoque conventiones tacitè valent *l.* 4. *in princip. d. pact.* neque minus pro adiecto habendum est, quod ex mente & voluntate contrahentium colligitur & intelligitur, quam quod verbis exprimitur, cum juxta vulgatum illud

illud non minor vis ſit taciti quam expreſſi, ut notant Dd. & in ſpecie *Bart. in l. cum quid 3. d. reb. cred. Bald. & Fortun. Garz. in d. l. 4. in princip. d. pact.* Et hæc ſententia probatur *Weſembecio conſil.* 14. *num.* 85. & 86 ubi hoc practicari teſtatur: *Coler. deciſ. Germ.* 30. *part.* 1. *num.* 6. & *de proceſſ. execut. part.* 1. *cap.* 10. *num* 319 *edit. Ienenſis*, ubi ita à Scabinis Lipſenſibus & Wittembergenſibus judicatum & reſponſum fuiſſe teſtatur, & extat deciſio Wittebergenſium *part.* 1. *quæſt* 26. qua eandem ſententiam tuentur, *Hering. d. fid. iuſſ. cap.* 20. §. 10. *num.* 6. *Valent. Franc. d. fideiuſſ. cap.* 5. *num.* 81. & *ſeqq. Daniel Moller ad conſtit. Auguſti part.* 2. *num* 20. & *noviſſimè Matth. Berlich ad d. p.* 2. *cap.* 26. *num.* 14.

Sed pro contraria parte & contra Tr. ita diſputatur. Videlicet, opinio Tr. duplicem poteſt habere ſenſum, vel quod obligatio prorſus finiatur in perſona fideiuſſoris, & hæredes ipſo jure non teneantur: vel quod ipſo jure conveniri quidem poſſint, ſed ex mente contrahentium exceptione taciti pacti defendantur. Prius poſſit colligi ex *Hering. d. d. loco num.* 62 ubi ait obligationem reſtringi ad ipſos fideiuſſores, & Matthia Berlich / qui obligationem merè perſonalem eſſe affirmat: quæ etiam ſententia ita proponitur à Tr. Si enim obligatio hoc modo perſonalis eſt, ſicut privilegia perſonalia dicuntur, ſequitur, quod ea non tranſeat in hæredes. Poſterius probare videntur *Colerus & Weſemb. dd. locis*, qui hoc tacite, ne hæredes teneantur, actum tradunt. Prior ſententia procul dubio falſa eſt, quia cum obligatio ex contractu ſit, nec niſi pactum ad ſummum hîc induci aut colligi poſſit, idque utique legitimum non ſit, fieri non poteſt, ut obligatio in perſona fideiuſſoris ipſo jure tollatur & finiatur, *argumen. l. legitima* 6. *ubi hoc not. gloſ. & Bart. num.* 4 & *Fort. Garz. num.* 57. Poſterior quoque ſententia & explicatio hoc modo confutari poſſe videtur 1. quod obligationes ex conventionibus regulariter omnes tranſeunt in hæredes jure noſtro, ita quidem ut nec per verba taxativa hæredes excepti videantur, quod pluribus confirmat *Tiraq. de retract. convent.* §. 1. *gloſ.* 2. *num.* 22 & *gloſ.* 6. *num.* 2. & *ſeq.* idque in terminis obligationis fideiuſſoriæ traditum eſt *in* §. *fideiuſſor. Inſtit. h. titul. l.* 24. *C. eod.* etiamſi nulla hæredum in inſtrumento facta ſit mentio, quod poſt *gloß. Angel. Iohan. Fabr. in d.* §. *fideiuſſor.* Tr. admittit, neque ullum dubium habet. Illius autem cauſa potior eſt, qui pro ſe ha-

bet regulam & pro eo pronuntiandum eſt, & à regula non receditur, & regulæ juris tenaciter ſunt obſervandæ, niſi ſpecialis oſtendatur diſpoſitio vel exceptio, velut in terminis tradunt *Everh. in loco, ab except ad regul. numer. 12. gloſ. in rubric. d. regul iur. in 6. in f. Salic in l. ſi fundum 4. Cod. qu potior. in pign. Bald. in l. ſi tutor. in f. Cod. d. ſervo pign dat.* Atquin nulla hic probari & oſtendi poteſt exceptio. Confirmatur hoc 2. quod quæcunque in jure noſtro tacita dicuntur, à lege inducta ſive directo, ſive per conſequentiam & ex præſumtione factoque aliquo conſtituta ſunt, neque interpretis eſt, ex ingenio vel cerebro ſuo conſtituere vel fingere. Ita tacita pacta ſunt ex lege *l. 4. d pact.* hypotheca tacita, eaque vel ſpecialis *l. 4. & 7. in qu bus cauſ. pign. tacitè*, ſive generalis *l. 20. Cod. d. adm niſtrat. tutor. l. 1. & 2. Cod in quib cauſ. pign. tacite l. 12. Cod. qui potior. in pign. l. 1. Cod. communia d. legat.* tacita ſubſtitutio *l. 4. in princip. d. vulgar. & pupill. ſubſtit.* tacitum fidei commiſſum *l. cum avus 102. d. condict. & demonſtrat.* tacita ſtipulatio *l. un. §. 1. Cod. d. rei uxor. act.* tacita conditio *l. 21 cum l. ſeq. d. iur. dot.* taciti ſive quaſi contractus *§. 1. cum ſeqq. Inſtit. d. oblig quaſi ex contr. l. ſi qu is. 5. in princip. & §. 1. cum ſeqq. d. O. & A.* Ex quibus per modum inductionis concludere licet, quod quicunque in tacito pacto vel conventione ſe fundat, *textu & jure* expreſſo eam demonſtrare debet: nulla autem eſt conſtitutio vel lex, quæ ex conventione iſta de qua quærimus, de alio fideiuſſore in locum defuncti ſubſtituendo, inducat pactum tacitum, cuius exceptione hæredes defendantur. 3. cum pactum vel conventionem hanc inter creditorem & debitorem factum proponat Tr. apparet quod creditor ſpectaverit utilitatem ſuam, ut proinde contra creditorem interpretari illud non liceat, ne verba ad alium finem prælata operentur contrarium, & in odium creditoris retorqueantur, contra *l. cum tale. 72. §. ultim. d. condit. & demonſtrat. l. quod favore d. legib. l. plures 19. in f. C. d. fide inſtrum.* & res inter alios acta aliis non prodeſt, per vulgata. Neque obſtat quod ſupra dictum fuit, verba ita explicanda eſſe, ut aliquid operentur. Etenim 1. exiſtimari poſſit, forte per errorem hoc adiectum à creditore, ignorante quod obligatio tranſiret in hæredes. 2. ideo adiectum voluiſſe, ut tanto plures haberet debitores, non autem quod liberatos vellet hæredes defuncti fideiuſſoris. 3. vel ideo ut ne creditor præter voluntatem ſuam in plures debitores diſtringeretur,

quia

quia in hæredes plures pro portionibus hæreditariis dividitur obligatio *l. 4. famil. erciscl. l. 6. C. eod.* cum quibus utpote tempore obligationis incertis, ut in solidum exciperent actiones, conveniri non potuit. 4. vel ideo, ut creditor semper haberet idoneos fideiussores, quoniam de alio idoneo in locum defuncti substituendo agi constat. Cæterum constitutio Augusti *part. 2. cap.* 20 provincialis est & localis, nec difficile aliæ eiusdem principis constitutiones, juri nostro non satis convenientes adduci possent: eaque de causa interpretum & Dd. fori Saxonici, non magnopere habenda est ratio, veluti Wesemb. Coler. Moller. Berlich. quoniam hi secundum forum illud disputasse, & juri provinciali sententias & rationes suas accommodasse & gratificati esse videntur: quorum præiudicium re minus accuratè perpensa male sequutus est Hering. qui etiam post Dan. Moller. male tanquam adstipulatorem istius sententiæ laudat Tiraq. nam præterquam quod hic cit. loc. in terminis proponit casum, ubi obligatio aut jus aliquod ad personam contrahentis pacto restrictum est, insuper hoc defendit, quod etiamsi ita conventum sit, ut venditor solus vel tantum jus retrahendi habeat, hæredem tamen exclusum non intelligi: quod magis sententiæ Hering. refragatur. Et opinionem hanc nostram probant *Matthias Coler. cons. 10. incipit, illustrissimo Principi &c. num.* 10. *Wurms. obs. pract. lib. 1. tit. 29. d. fideiussor. obs. 2.*

Idem est in fideiussore.] Revera hæc exceptio non videtur, sed pertinet istud sub regulam, qua dicitur liberari fideiussor, extincta obligatione principali & actione quæ contra reum competebat: constat enim actiones pœnales ex delicto morte delinquentis finiri nec dari in hæredes, nisi lite antea contestata, (quamvis hic non dentur sed continuentur in hæredes.) & nisi in quantum ad hæredes pervenit: quo nomine existimaverim, fideiussorem manere obligatum.

LIT. C. & D.

Tractat his lit. de beneficio ordinis sive excussionis: & colligitur ex *Nov.* 4. ubi hoc etiam notat Cuiac. antiquitus non potuisse conveniri fideiussorem ante reum principalem, id postea mutatum, & ad jus vetus reditum à Justin. & jus illud vetus simplicius fuisse videtur, cui derogaverit media jurisprudentia, quam materia successionis à veteri simplicitate l. 12. tabb. abivisse arguit

Iustin. in §. caterum 3. vers. & hac. Institut. d. legit. agnat. success. Planè æquitatis ratio suadet, ut prius eatur ad eum, qui solus utilitatem ex contractu sensit, quam ad fideiussorem, perinde ut ex pluribus tutoribus prius convenitur qui gessit. Nec dubium est quin eandem rationem sequutus sit Justin. dum postremo loco vult conveniri possessores pignorum, qui nihil cum creditore gesserunt. Sexcentis locis demonstrari possit, Imperatorum rescriptis, æquitatis obtentu rigorem juris fuisse mitigatum, quam æquitatem sæpius inculcat Justin. eiusque intuitu veteris juris subtilitatem, juxta quam unius electione alter liberabatur, sustulisse videtur *l. ultim. Cod. h. tit.* Et quis negaverit beneficium divisionis, exceptionem cedendarum actionum, vel maximè æquitati convenire, ut hoc egisse appareat Imperatores, ut quam minimum ex officio & beneficio suo læderentur fideiussores. Ex quibus apparet, quam falsa & absurda opinio sit eorum, qui beneficium ordinis sive excussionis de apicibus juris, eique locum non esse statuunt, ubi agitur ex bono & æquo, utcunque hæc videatur esse communis opinio, per ea quæ tradunt *Geil. libr. 2. observ. 27. num. 27. Mynsing. centur. 2. observat. 15. Hippol. d. Marsil. ad rubr. d. fideiussor. num. 12. Wesemb. consil. 10. num. 40. Anton. Hering. cap. 27. part. 1. num. 27.* ubi tradunt hanc exceptionem introductam esse ad juris rigorem conservandum, esse iniquam, nec jure Canonico habere locum. Et frustra adducitur *l. 29. §. 4. mandati*, quæ loquitur de exceptione simplici procuratoria. Enim verò utcunque excusso reo redeatur ad fideiussorem, interest tamen huius prius agi contra illum, & eum potius exigi, quam ut fideiussor novo judicio contra reum experiri cogatur, cum nec interesse possit creditoris, quod prius teneatur appellare debitorem principalem. Cur autem in foro mercatorum, in quo dicitur agi ex bono & æquo, non sit locus huic exceptioni, ut testatur Geil. illa fortassis ratio est, quod præsumatur tacita renuntiatio, cum maximè intersit mercatorum, pecuniam habere in promtu, ne fides eorum periclitetur: Quamvis illa propositio minimè liquida mihi videatur, quod in foro mercatorum tantum ex æquitate procedatur.

Beneficium autem hoc, ut rectè tradit Treut. non facit ne ipso jure fideiussor tutus sit, sed ut defendatur per exceptionem, quam Treut. docet allegandam esse ante litem contestatam: quoniam

niam revera non concernit merita causæ, sed potius processum, & qui jam in se suscepit litem, nisi justus error prætendatur, vix poterit remittere creditorem ad reum principalem. Illud extra dubium est quod fideiussori hac exceptione tuto non possit imputari mora. Quod addit Treut. in dubio non præsumi quem renuntiasse huic beneficio, sub quæstione mox sequen. explicabitur.

Dubitari autem non potest, quin fideiussor exceptioni ordinis, ipsius solius favore introductæ renuntiare possit, quod Treut. paulo inferius tradit *in vers. tandem huic*. Est autem triplex casus, pro triplici specie renuntiationis. Prima est generalissima, si renuntietur omni legum auxilio & beneficio. Secunda est subalterna, si renuntietur certo generi beneficiorum, veluti beneficiis fideiussoriis. Tertia est specialissima si V. C. renuntietur beneficio excussionis. De hac posteriori dubium non est, quin permisso jure renuntiandi, sortiatur effectum. Nec dubitandum putaverim de intermedia, quin efficaciter ita renuntietur, utcunque nulla species fuerit expressa: licet aliud & male constituerit *Elector Augustus p. 2. const.* 17. **daß kein general renuntion/ wann gleich dieselbige auff die wolthaten so den Bürgen im Rechten gebühren/ in gemein gerichtet/ statt haben soll**: ubi tamen hoc limitat, nisi præmissæ alicui speciei subiecta fuerit renuntiatio generalis, veluti renuntio beneficio excussionis, & aliis remediis fideiussoriis: quæ videtur quarta constitui posse species & modus renuntiandi. Sed, ut dixi, (licet Treut. male eam constitutionis Augusti sententiam sequi videatur *inf. hac thes. lit. G.* ubi expressam, *& th. seq. lit. A.* ubi specificam renuntiationem requirit) puto omninò sufficere renuntiationem generalem subalternam, contra quam non video quid prætendi possit à fideiussore. Neque quicquam movet *l. 1. in f. si quis in ius vocat. non ier.* etenim commodè respondetur, quod renuntiatio generalis non sufficiat ad excludenda diversi generis privilegia, fideiussoria autem remedia sub uno genere continentur, cuiusmodi renuntiationē nihil operari perquam fuerit absurdum, cum præsertim hoc genus paucas sub se contineat species, & ferè tantum duas, ordinis & divisionis: vix enim existimo exceptioni cedendarum actionum efficaciter renuntiari: & tamen in diversis terminis licet quatuor aut quinque species proponantur,

idem

idem ſtatuere non dubitaverim. Nihil etiam obſtat *l. 4. §. 4. ſi quis cautionibus &c.* quoniam ibi tractatur de genere, quod nullas certas, ſed indefinitas imo pene infinitas ſpecies habet, quibus omnibus & ſingulis ne videatur renuntiatum, æquitas ſuadet, cum multæ & variæ cauſæ incidere poſſint, propter quas qui maximè velit, ſiſtere ſe tamen in judicio non poſſit. Ex quibus colligi poſſit, quod renuntiatio generaliſſima inſufficiens ſit & nulla, quoniam non magis huicquam illi remediorum ſpeciei vel generi accommodari poſſe videtur: niſi quod ex natura actus aut perſonæ naturam renuntiationis ſubalternæ induere poſſe videatur: veluti ſi fideiuſſorem omni auxilio & beneficio renuntiaſſe ponamus, renuntiaſſe intelligetur beneficiis fideiuſſoriis. Et tamen quod renuntiatio etiam generaliſſima utilis ſit, & comprehendat omnia de quibus vel in genere potuit cogitari, communius receptum eſſe apparet ex iis quæ tradit *Maſcard. volum. 3. concluſ. 1264.* ubi tantum ſpeciales & plane ſingulares caſus excipit. Quam ſententiam ſi quis defendere velit, non obſtabit *d. l. 4. §. 4. ſi quis cautionibus* quoniam renuntiatio illa de qua *in d. §. 4.* ne ulla exceptio locum habeat, continet renuntiationem etiam eius, *quod in futurum contingere poteſt*, quam limitationem expreſsè proponit *Maſcard. d. loc.* & ut jam diximus, renuntiatio qualiſcunque ita accipi debet, ne contineat iniquitatem: fuerit autem iniquum, propter ſingularem aliquem caſum emergentem non ſuccurri reo per exceptionem. Idque adeò verum eſt, ut licet ſpecialis præceſſerit renuntiatio, generalis tamen ſubiecta, non adimat exceptionem reo: quæ ſententia eſt *in d. §. 4. verſ. ſed & ego*, JCti Ulpian. probantis ſententiam Attilicini, non autem, ut inde quidam male colligunt, quod ſufficiat generaliſſima renuntiatio, ſi ſpecialis fuerit præmiſſa. Non etiam obſtabit *l. 1. ſi quis in ius voc. &c.* quoniam ſpecialis videtur ratio privilegii fori & incompetentiæ judicis, cui non facile renuntiatum præſumitur, ne prorogata juriſdictio, cum ſufficiat renuntiationem hoc operari, nec privilegia alia coram ordinario judice obiicere liceat. Et igitur ut ad quæſtionem noſtram revertamur, ſi fideiuſſor vel omni legum auxilio, vel beneficiis fideiuſſoriis renuntiaverit, à beneficio quoque excuſſionis excluſus erit: licet ſine textu & ratione diſſ. *Ant. Hering. d. fideiuſſ. cap. 17. num. 41.* ubi priorem renuntiationem prorſus putat eſſe

nullam. Quod si tamen verba quibus usus est fideiussor aliam explicationem admittant, non temere renuntiationem inducemus: quo referri potest, & ita admitti quod tradit *Vasq. illustr. contr.* 33. *nu.* 11. ubi ait si fideiussor promittat solvere libere sine aliqua exceptione, non per hoc intelligatur renuntiasse beneficio de fideiussoribus, quin prius excuti debeat reus principalis: quo respexit Tr. *in princ. lit.* D. ubi citato Vasq. ait, fideiussorem in dubio non intelligi huic speciali beneficio renuntiasse. Et hinc tamen in dubium vocari possit, quod ait Tr. *hac lit. in vers. illud verius est*, in casu quo citra renuntiationem ullam debitor jurat vel potius fideiussor, se omnia instrumento contenta servaturum, juramentum in effectu tantundem operari, quantum operaretur renuntiatio specialis. Etenim verba illa renuntiationem non inferunt. sed observationem promissionis fideiussoriæ, quæ intelligitur in dubio secundum naturam, quam habet ex jure: & aliàs vulgatissimum est, quod juramentum non operetur effectum extensivum, sed adstringat obligationem cui adiectum est: utique autem diversa & separata est obligatio fideiussoria à renuntiatione, citra quam naturam effectum & vires suas fideiussio habet & retinet. v. *Ant. Hering. cap.* 27. *p.* 1. *num.* 36. *& multis seqq. Mascard. d. conclus.* 1264. *& alios citatos. à Tr.* pertinet enim istud ad generalem tractationem de viribus & effectis juramenti, in confirmandis actibus & conventionibus civium, de qua hic non est tractandi locus. Rationes autem *Molleri* 1. *sem.* 16. quibus videtur permotus Tr. nullius sunt momenti. Ut ad tractationem redeamus de renuntiatione, erit ea vel expressa vel tacita: huius species statui potest, si quis intercesserit pro eo, qui tantum naturaliter obligatus est: hunc enim fideiussorem non posse uti ista exceptione rectè notat Tr. & constat apud omnes, cum nulla possit esse excussio ubi nulla est actio: qua de causa etiam minus rectè ista dicetur species renuntiationis, quippe ubi hoc beneficium nullo modo competere potest, & contra ipsum fideiussorem tantum est actio. Rectius renuntiasse tacitè dicetur fideiussor, qui se pro reo efficaciter obligato, ut principalis obligaverit, **als ein selbstschuldner**: quem hoc ordinis & excussionis remedio uti non posse statuit Tr. quam sententiam probant *Gail.* 2. *obs.* 28. *Hering. d. fideiuss. c.* 27. *part.* 1. *n.* 95. *& seqq. & plures ab eodem citati n.* 118. 119. *&* 120. *itemq; vitiosè citatus à Tr. Hippol.*

de Marsil. ad rub. hic n.62.& seqq. ubi hanc opinionem & juris æquitati convenire ait. Pro ea faciunt hæ rationes: & 1. quod cum unumquodq; facile redeat ad suam naturam, facilius etiam præsumemus exclusum remedium excussionis, cui ante Justin. locus non erat. 2. quod cum passim reus principalis & fideiussor inter se distinguantur, qui se ut reum principalem obligavit, necessum est, ut in aliquo excedat naturam fideiussoris; nec aliud in quo excedat videtur dari posse, nisi ut non excusso prius reo principali conveniatur. 3. quod cum, ut dictum in quæst. *lit. prec. in f.* verba in contractibus ita explicari debeant, ne sint otiosa, siquidem illis verbis non dicimus exclusum esse beneficium excussionis, ea erunt otiosa & superflua & dicis tantum causa adiecta, & inducent quandam confusionem nominum rei principalis & fideiussoris, ut disputat *Hering. d. loc. n.* 88. Et hinc 4. omnis principalis debitor est etiam principaliter obligatus. Atquin hic fideiussor constituit se principalem fideiussorem: Ergo erit principaliter obligatus: in nullo autem posset esse principaliter obligatus, si salvum haberet beneficium excussionis. 5. Quidquid contrariatur naturæ actus aut contractus, siquidem valet & sustinetur, necessum est, *ut in* aliquo immutet naturam actus, per *not. sup. p.* 1. *disp* 6. *th.* 10. Atquin obligatum esse ut principalem, refragatur naturæ fideiussionis: ergo in aliquo alterabit fideiussionis naturam. 6. ita argumentatur Hering. *nu.* 106. quod si qui promisit se curaturum, saltem, ut debitor solvat, vel, se ad solum verbum creditoris soluturum, non utitur beneficio excussionis, multò minus eo utetur, qui se obligavit ut principalem. 7. idem Hering. *n.* 110. ita colligit, quod si fideiussor primus qui alium accepit fideiussorem est loco rei principalis, nec habet beneficia fideiussoria *l. si plures* 27. §. *ult. h. t.* ergo nec qui se obligavit ut principalem. 8. Hering. *n.* 111. utitur hac ratione, quod principalis obligatio consumat fideiussoriam. Sed existimo plerisque istis argumentis non difficulter occurri posse. Et ut ordine retrogrado procedam, postrema ratio prorsus nullius est momenti: etenim pertinet illa propositio ad eum casum, quo in eiusdem persona incipit concurrere obligatio principalis & accessoria, de quo post dicemus: sed id ineptè accommodatur ad propositum, quia constat hic obligationem principalem in persona rei subsistere. Pariter nullius momenti est septima ra-

ma ratio, quia fideiussor primus habet relationem tum ad reum principalem, cuius intuitu habet remedia fideiussoria: tum ad fideiussorem secundum, cuius respectu verè est reus principalis. In sexta ratione tum consequentia negari potest, tum assumtum falsum esse videtur., nec Interpretes, quos citat Hering. satis idonei sunt ad faciendam fidem. Quinta, quarta, tertia & secunda ratio ferè tendunt ad idem, & speciem veri probabilem & speciosam habent: sed videamus an non iis hoc modo aliquatenus satisfieri poßit: & 1. quod non sit substantiale, quin nec naturale fideiußioni, ut post reum principalem fideiussor conveniatur, idque ex jure veteri, quod ante Justin. obtinebat, apparet. 2. quod illæ rationes non stringant, si alia quæcunque ratio explicandi verba illa superſit: & licet utique differant fideiussor & reus principalis, quod hic accepit pecuniam, & contra eum regressus est, attamen & fideiussor qui eandem subit obligationem, & ipse quandam similitudinem cum reo principali habet, maximè si consideretur ex jure veteri, quo nec divißionis nec excußionis beneficio gaudebat. Poßit igitur dici, quod fideiussor se obligaverit ut reus principalis, ut ostenderet enixum animum servandi fidē & solvendi pro reo, ut ita securus sit creditor, tanquam si ipse fideiussor ex contractu principaliter obligatus esset: ut tamen nihil impediat, salvum manere ordinem juris à Justin. introductum, & sufficiat in eventum quo debitor solvendo non est, promißionem illam fideiussoris sortiri effectum: cum nihil aut parum intersit creditoris, si prius excusso reo principali, aut aliàs probato quod non sit solvendo, ire teneatur ad fideiussorem. Neq; per intellectus subauditos debemus inducere renuntiationes odiosas, aut fingere nobis tacitas pactiones, sine textu & lege, per nota ta sub fin. lit. B. neque enim aliter sententia ista defendi potest, quod etiam Hering. agnoscit, quam ex præsumtione tacitæ renuntiationis. Et hoc vel maximè confirmatur ex textu, qui vel solus abstinere quem potest à sententia Hering. & aliorum, *in l* 3. C. *h. t.* ubi disertè negatur ademtum beneficium divißionis, etiamsi fideiussores singuli in solidum se obligaverint. Enimverò si quis attendat, deprehendet eandem esse rationem fideiußionis factæ sub hac clausula, quod teneri velit tanquam reus principalis, ad tollendam exceptionem ordinis, quæ est fideiußionis factæ sub hac clausula, quod singuli in

ſolidum teneri velint, ad tollendum beneficium ordinis. Sicut enim ſibi non convenire, & quaſi mutuo pugnare videntur, obligari ut principalem, & tamen obiecta exceptione efficere poſſe, ut prius excutiatur & cõveniatur debitor principalis: ita pariter, imò minus hæc videntur convenire, obligare ſe in ſolidum, & tamen obiecta exceptione efficere poſſe, ut in partem tantum conveniatur & exigatur. Quod ſi illo caſu juxta ſententiam Tr. excluſa cenſeri debet exceptio ordinis, ne verba ſint otioſa & ſuperflua, quæ præcipua, & ferè unica ratio eſt & fundamentum illius opinionis: eadem ratione dicendum fuerit hoc caſu excluſum beneficium diviſionis, cum aliàs nullus futurus ſit effectus clauſulæ, qua comprehenſum fuit, ut ſinguli fideiuſſores in ſolidum teneantur. Atquin ex adverſo cum non obſtante hac ratione reſcripſerint Imperatores *in d l. 3. C h.t.* beneficium diviſionis integrum manere fideiuſſoribus, neceſſariò efficitur, rationem iſtam non eſſe ſatis urgentem, ut fideiuſſor, propterea quod ſe obligaverit ut principalem, videri debeat renuntiaſſe beneficio excuſſionis. Sed ipſa verba *d. l. 3.* expendamus: & aiunt Impp. licet adiectum ſit in obligatione ut ſinguli in ſolidum tenerentur, nihil tamen hanc *rem mutare* conditionem juris & conſtitutionem, videl. Hadriani, ex qua eſt beneficium diviſionis. Eodem modo dicemus, licet adiectum ſit in obligatione, ut fideiuſſor teneatur tanquam principalis, tamen inde non mutari conditionem & naturam juris & conſtitutionis, videlicet Juſtin. ex qua eſt beneficium excuſſionis. Additur ab Impp. hæc deciſionis ratio, quod licet hoc non adiiciatur, ſinguli tamen in ſolidum teneantur, ſed ubi ſunt omnes idonei in portiones obligatio dividatur. Eodem modo hic dicemus, quod licet non adiecta ſit illa clauſula, nihilominus fideiuſſor ut principalis ante reum ipſo jure conveniri poſſit, ſed ſi debitor præſens & ſolvendo ſit, creditor prius in ipſum actionem dirigere teneatur. Et adeò ſi verba illa qua ſingulos in ſolidum teneri dictum vel adſcriptum fuit, recipiunt explicationem ſecundum jus commune, ut ſignificent hoc ad quod mero jure tenebantur, non autem adimant ſpeciaale beneficium diviſionis, neq; ex iis renuntiatio huius beneficii colligatur: pariter & hic verba illa, quibus dictum vel adſcriptum fuit, fideiuſſorem ſe obligaſſe ut reum principalem, poterunt explicari ſecundum jus commune, & eo referri, ad quod

mero

mero jure tenetur fideiussor, non autem ut adimant speciale beneficium excussionis, neq; huius renuntiatio ex illis inducatur. Et mihi sane nulla occurrit sufficiens differentiæ ratio: quæ sumi non possit à qualitate maioris præiudicii, quod in plures fideiussores simul dictatur actio, quoniam hoc quoq; incommodius est, contra plures experiri, neque tantulum hoc interstitium, ut prius conveniatur reus principalis, siquidem processum veteris juris consideramus, efficere potest, ut propterea effectũ renuntiationis verbis his, de quibus quæritur, tribuere debeamus, quem planè repudiant Impp. *in d.l.* 3. cuius decisio non in consideratione huiusmodi prçiudicii, sed in longè alia ratione fundatur. Conatur equidem Hering. *cap.* 27. *p.* 2. *num.* 36. reddere rationem differentiæ, sed frustra est & nihil agit, nihil nisi principium petit. Ait, quod fideiussor, qui solidum promittit, nihil aliud promittat, nisi quod jam in persona ipsius constitutum est, & provisionem hominis ex abundanti tollendæ dubitationis causa adiectam fuisse, nec posse eam quidquam operari contra juris decisionẽ. Verum ita inferre licebit, nec expressa quidem renuntiatione beneficium divisionis tolli posse, quod utiquè falsum est. Et adeò si opinio illa de fideiussore obligante se ut principalem, defenditur ex fundamento tacitæ renuntiationis, ut Hering. existimat, quidni etiam ista queat coniectura sumi in fideiussoribus obligantibus in solidum? quod si ea coniectura hic reprobatur per sæpe *d.l.* 3. etiam in illo casu reprobanda erit. Etenim eadem planè ratione in istis terminis dicere licebit, non plus promittere fideiussorem, quam ad quod ex ratione juris veteris, & etiam novi ex merò jure juxta naturam obligationis obstrictus est. Neque minus suo respectu est extra terminos fideiussoriæ obligationis, contra quam malè putat Heringius, obligari in solidum, quam, obligari ut principalem, si consideretur fideiussio juxta constitutionem Hadriani & Justiniani: sed ad rationem juris veteris neutrum est extra terminos istius promissionis: quinimò nec simpliciter est extra terminos, si ex constitutionibus jam dd. fideiussio consideretur: quoniam constat, quod & Treut. tradit, istis constitutionibus non hoc effectum esse, ut ne fideiussor ante reum aut in solidum conveniri possit, sed ut conventus exceptione defendatur; & nec hoc quidem simpliciter, cum multis casibus in solidum, & pluribus ante reum efficaciter fideiussor

conveniri possit. Itaq; si rectè se habet, quam paulò ante proposuimus, proportionata utriusque istius remedii comparatio, fortius defendemus ex ratione *l. 3. C. h. t.* non excludi fideiussorem à beneficio excussionis, etiamsi expresse conventum sit, ut conveniatur ante reum principalem, quia ita summo jure & ex natura obligationis conveniri potest, salva excussionis exceptione. Itidem petitio principii est, quod ait Heringius, in nostro casu permittente jure amitti beneficium excussionis, sed non amitti beneficium divisionis in specie *l. 3. C. h. t.* Etenim hic quidem jus expressum habemus, sed illic jus nullum habemus, & non amitti beneficium divisionis *ex d. l. 3.* concludimus. Nec minus petitio principii est, quod ait in specie *l. 3.* verba adiecta istum habere effectum, ut in casum quo omnes non sunt solvendo, unus in solidum teneatur, ex jure & propria conventione. Etenim in nostris terminis idem dicam, verba habere istum effectum ut fideiussor omnimodò prius conveniatur, si reus sit absens vel non solvendo, & aliis multis casibus: sed & Impp. *in d. l. 3.* de illo casu quem Hering. proponit non rescripserunt. Denique petitio principii est, quod ait, tum demum verba explicari ut aliquid operentur, nisi negotii natura *vel jus* repugnet, hic autem obstare textum quo minus dicere liceat, renuntiatum beneficio divisionis, nullam autem textum obstare, quo minus liceat dicere in nostris terminis renuntiatum beneficio excussionis. Enim verò nos de ratione *d. l. 3.* quærimus, & eandem in nostris terminis militare affirmamus, eoque hanc interpretationem sumendam negamus, ut in quæstione nostra renuntiationem tacitam colligamus. Neque sufficit quod nullus textus expresse opinioni Tr. repugnat, sed ad evitandum argumentum, quod *ex d. l. 3.* adducitur, textu expresso illa sententia probanda est. Et ita jus scriptum est *in d. l. 3.* nam aliàs de ratione illius disputari possit ex plerisque fundamentis, supra pro Tr. opinione adductis, & maximè argumento eius quod Justin. constituit *in Nov. 99. auth. hoc ita C. d. duob. reis,* contra duos reos singulos in solidum cum effectu agi non posse, nisi hoc actum sit ut singuli in solidum tenerentur: quod præcipuè stringit ex eorum sententia quam Tr. probat *disp. preced th. ultim. lit.* E. quod dd. textus sint accipiendi de duobus correis, qui invicem fideiusserunt: quamvis & juxta alteram sententiam quam ibidem probavimus, rationem dubitandi faciat, quod in duo-

in duobus correis etiam pactum possit explicari juxta *l. 3. C. h. t.* & ideo fatendum est nisi cum *d. l. 3.* textus illos committere volumus, ita rescripsisse Impp. de fideiussoribus, propter autoritatem constitusionis Hadriani. Tandem hoc quoque aliquid facit, contra sententiam Tr. quod si fideiussor obligans se ut principalem, censetur renuntiasse beneficio excussionis, quoniam, quæ ratio est Hering. repugnat naturæ rei principalis, ut alius prius excutiatur, consequenter dicemus, etiam renuntiatum debere videri beneficio divisionis: hoc autem videtur absurdũ, ut ita fideiussor omnia sua beneficia amittat. Ratio connexi est, quoniam etiam repugnat naturæ rei principalis, ut utatur beneficio divisionis, ex hypothesi videlicet, si duo in solidum obligati proponantur: idque non leviter stringit ex eorum sententia, qui hodieq; exceptionem divisionis correis debendi negant, quod probat *Tr. disp. præced. th. ultim.* Et hæc movent, ut á sententia Tr. quam aliàs defendere solitus fui, deficiam, & in contrariam opinionem discedam: reliquę autem rationes, quæ adducuntur *à Cothman. conf.* 22. & ab ipso *Hering. d c. 27. part.* 1. indignæ videntur quæ in medium producantur: & inprimis illa, quam proponit Hering. ridicula & inepta, quod reus maneat obligatus: inde enim non nisi stultè quis concluserit, eum omnimodò prius esse conveniendum, quod ex ratione juris antiqui apertissimum est. Huius autem opinionis quam sequimur assertores vide citatos apud *Cothm. d. conf. 22. Heriug. d part. 1. n. 67. Schneid. W. in § fideiussor. Inst. h t. nu.* 11. Illud autem omni ratione dubitandi caret, quod Tr. addit, cessare beneficium excussionis, si per novationem quis se obliget pro alio: imò revera stulta dubitandi ratio est, quoniam per novationem tollitur obligatio prior, & ridiculè quæritur, an prius sit conveniendus, qui amplius obligatus non est, & omninò unus tantum hic reus est: & hoc nimirum, quod ista quæstio careat dubitatione, rectè etiam animadvertit *Hering. d. c. l. n. 79.*

Libet & hoc annotare, existimare quosdã decisionem *d. l. 3. C. h. t.* non obtinere locum, si ita conventum sit, ut singuli rei in solidũ conveniantur, quoniũ hoc verbum maiorem emphasin habere videtur quam verbũ teneri: licet scrupulũ moveat quod ipso quoq; jure fideiussores singuli in solidum conveniantur, in quo fundatur decisio Impp. *Pet. Fab ad l. 27. d. R. I. n. pen.*

Illa

Illa limitatio certa est, si reus principalis absit, *Auth. præsente C. h. t.* de quo *Tr. in vers. nec ille cuius principalis*, itidem certa & hæc, si reus non sit solvendo modò de hoc constet, ut rectè Tr. *in vers. nec ille cuius principalis non est &c.* sicut & illud certum, quod ibid. addit Tr. non induci notorium per relationem nuntii de quo plura *Heringius cap. 27. p. 1. num.* 200. Videtur autem non diversa esse, sed sub ista omnimodò contineri limitatio à Tr. tradita *in vers. idem est in eo* si reus principalis cesserit bonis: neque video, quomodo necessaria sit sententia declaratoria: quoniam non potest non esse notorium, quod cessio facta sit, & eum qui bonis cessit, & omnia bona sua creditoribus dimisit, itidem non esse solvendo, notorium est: nisi eum fortassis ad pinguiorem fortunam reversum proponas, in quibus terminis non amplius consideratur, tanquam debitor qui bonis cesserit: neque video hac in re opiniones dissentientes allegari aut conciliari *à Vasquio, qui cap. 33. n.* 13. simpliciter ait, non esse locum beneficio excussionis, ubi notorium est, quod reus non sit solvendo, quoniam sententia judicis & notorium æquiparentur. Plures limitationes & casus quibus cessat beneficium excussionis, præter citatos à Treut. vide apud *Vasq. dict. cap. 33. num. 8. & sequen. Herring. d. cap. 27. p. 1. num. 186. & seqq. usque ad fin.*

Fideiussor indemnitatis] De hoc dictum est *th. 3. lit. E.*

LIT. E.

Ait, ex pluribus fidejussoribus singulos in solidum obligari. Hoc apparet proponi ex jure antiquo, quod obtinuit ante Hadrianum: quoniam subiicit lit. F. quod tamen fidejussoribus subveniatur ex constitutione Hadriani: & consequenter incongruum est, quod hac lit. in exegesi subiicit, teneri eos in solidum, si singuli sint solvendo: hoc enim, ut apparet ex citatis textibus *in l. 3. C. h. t. & in §. si plures 4. Inst. eod.* pertinet ad jus, quod obtinet ex epistola Hadriani, ex qua cæterorum oneri accrescit, si unus vel alter non sint solvendo. Et adeò porrò non satis bene dicitur, quod tum teneantur in solidum: quoniam si V. C. quatuor sint fidejussores, & unus ex iis non sit solvendo, singuli in solidum non tenentur. Sed neque illud rectè, quod ait obligari singulos in solidum, si omnes non sint solvendo: quoniam hoc accidens non mutat naturam obligationis, sed nihilominus omnes in solidum tenen-

teneantur, sed in eventum quo alii solvendo sunt, exceptione defenduntur. Subiicit porrò Tr. in hæc verba: *ita ut posterius conventis non satisfacientibus regressum habeat ad primum pro parte saltem conventum, & ab uno ad alium, donec totum consequatur.* Atquin istud non videtur pertinere ad casum præmissum, quo omnes solvendo non sunt, sed potius quo sunt solvendo: quia hic cogitur creditor dividere actionem: quamvis etiam verum sit, creditorem indistinctè convenire posse fideiussores pro partibus, quoniam an sint solvendo, incertum esse potest. Et hoc casu quæritur, an huiusmodi actionis divisione sibi præiudicet creditor. Et siquidem in solidum contra unum fideiussorem experiatur creditor, ex ratione juris veteris alterum fideiussorem liberari verius videtur, per not. supra th. 1. lit. B. Sed, qui casus hic tractatur, si portionem petierit, respondet Tr. si posterior conventus non satisfecerit, regressum esse creditori contra primum, qui pro parte conventus fuerat. Potest autem & hic casus tractari, si prius conventus in partem, non satisfecerit, ut scil. hinc cæteri sentiant onus. Sed illud non intelligo quod Tr. ait esse regressum contra prius conventos, & ab uno ad alium, ante litem contestatam: nam & regressus propriè dicitur ubi lis contestata fuit, & non animadverto quomodo in casu litis nondum contestatæ priores dici possint conventi, maximè cum procul dubio intelligat Tr. prius conventos etiam solvisse: quoniam hæc procul dubio ipsius sententia est, quod prior in partem conventus non liberetur, sed utcunque partem suam solverit, nihilominus tamen si cæteros solvendo non esse appareat, iterum conveniri possit. Et vereor, ut Tr. deceptus sit per *l. liberum* 16. (citata est per errorem *l. 6. C. h. t.*) quæ loquitur de casu, quo creditor initio in omnes & singulos fideiussores pro portionibus actionem divisit: cæteroquin etiam post litem contestatam, imò etiam post sententiam regressus adversus eundem erit, ut ostendimus *disp. præced th. ult & ibid.* sententiam Bartoli & aliorum refutamus, qui creditorem ab uno correorum partem petentem, postea ne amplius quid petere possit, exceptione taciti pacti removeri existimant. Tutius plane fecerit creditor, si unum in solidum conveniat, quo obiiciente exceptionem divisionis, constituendum erit, singulos esse solvendo. Quid autem mutatum putet Tr. hac in re per *Nov. 99. & auth. hoc ita C. d. duob. reis* - non

ſatis aſſequor: quoniam iſti textus pertinent ad duos correos principales, circa quos controvertitur, an illis per iam dictos textus beneficium diviſionis ſit conceſſum, de quo actum *d. th. ultim. lit.* C. & illud nihil huc pertinere apparet: quamvis Accurſ. *in § ſi plures Inſt. h. t.* hoc moveat, (quod ipſum etiã huc nõ pertinet) quod per d. auth. ipſo jure non teneãtur in ſolidum, nec amplius indigeant beneficio diviſionis. Sed hoc procul dubio, contra quam putat Accurſ. falſum eſt etiã in duobus reis principalibus, & minimè hęc ſentẽtia eſt Juſtiniani, quód ipſo jure in partes tantũ teneantur duo correi: & ſatis recedimus à jure antiquo, ſi per exceptionẽ diviſionis illis ſuccurri concedimus.

LIT. F.

A ſingulis ratam petere.] Videlicet ex epiſtola Hadriani, cui hoc tribuitur à Juſtin. *in § ſi plures 4. Inſtit. h. tit. l. inter 26. D. eod. l. ult. Cod. d. conſtitut. pecun.* quamvis adſcribatur epiſtolę divi Pii *in l. ſi teſtamento 49. §. 1. in f. h. t.* ut forte quis exiſtimare poſſit à ſucceſſore Hadriani Antonio Pio repetitum hoc & confirmatum fuiſſe: vel ut exiſtimat *Cuiac in d. l. 49 lib. 27. quæſt. Papin.* autorem eius fuiſſe Antoninum Pium, qui nomen Hadriani patris adoptivi aſſumſerit: & ita ab Onuphrio nomen eius proditur: T. Ælius Hadrianus Antoninus Auguſtus Pius. Cęterum & ante hos Impp. beneficio huic diviſionis locum fuiſſe, & ex edicto quidem prætoris, apparet ex *Paulo 1. ſentent. 21.* ubi hæc verba habentur: inter fideiuſſores ex edicto prætoris, ſi ſolvendo ſint, licet in ſolidum ſinguli teneãtur, obligatio dividetur. Et aut Paulus eo loco, ut alibi non ſemel, interpolatus eſt: aut Imp. Hadrianus, quod ante non ſatis liquidum forte & in arbitrio magiſtratus poſitum erat, certius, firmius & plenius cõſtituit; indeque factum, ut ſoli Epiſtolæ Hadriani jus iſtud accepto ferretur: certe in Codice & Digeſtis, nunquam iſtud Edicto prętoris tribui videas.

Etiam ope exceptionis.] Scil. ut beneficium excuſſionis, non ipſo jure ne conveniri prius poſſit fideiuſſor, efficit, ſed exceptionem tribuit: ita etiam in ſimili beneficium diviſionis: quod ſatis perſpicuè docetur *in l. 3. C. h. t. l. inter 26. & d. l. 49. D. eod.* Hactenus autem duæ iſtæ exceptiones iuxta Tr. differunt, quod exceptio excuſſionis ſit proponenda ante lit. cont. ſup. hac th. lit. D. ſed diviſionis etiam poſtea usque ad ſententiam rectè opponatur,

ut hac lit. traditur. Et est sane dispar ratio utriusque exceptionis, quod per illam declinat fideiussor totam actionem, non autem per hanc, sed actionem dividi petit. Et tamen, quod ista quoque exceptio ante litis contestationem proponenda sit, his rationibus suaderi videtur. 1. quod opponitur ad effectum dividendi actionem, quæ divisio non amplius videtur commoda, ubi fideiussor jam litem in aliquod tempus extraxit. 2. quia litem contestando inficiari intelligitur fideiussor: per inficiationem autem hoc beneficium amittitur *l. si dubitet* 10 §. 1. *h. t.* 3. quia hæc exceptio non videtur directa ad perimendam intentionem actoris. 4. per textum *in §. si plures* 4. *Instit. h. tit.* Et hæc olim fuit opinio Petri relata à *Salic. in l. fideiussor* 10 *C h. t & ibid. Cyn.* qui in eam magis inclinare videtur. Sed opinio quam Tr. tuetur communiter obtinuit, probata *à Bart. in d. l.* 10. *C. h. t. & ibid. Salicet num* 4. *& seqq* per *d. l.* 10. ad quam sane cavillatoriè olim respondit Petr. quod quæ exceptio proponitur ante litem contestatam, ea utique & ante sententiam rectè opponi dicatur. Etenim ex usu juris nostri quæ exceptiones ante condemnationem opponi posse dicuntur, illæ rectè opponuntur post litem contestatam. Nec difficulter responderi potest ad rationes jam adductas, & ad 1. quod rectè etiam actio dividi possit post litis contestationem, cum nec quicquam intersit creditoris, si adhuc cæteri fideiussores sunt solvendo. Ad 2. quod non amittatur beneficium hoc per simplicem inficiationem, sed si quis neget se fideiussisse, velut in terminis respondet Salicet. Ad 3. quod imò tendat hæc exceptio ad perimendam intentionem creditoris pro parte, quia ubi semel actio divisa est contra plures qui tum solvendo fuerunt, regressus adversus alium non datur *l.* 16. *Cod. h. t.* neque pertinet ad onus aliorum, quod unus post litem contestatam desiit esse solvendo *l. inter eos.* 51. §. *p. n. h. t.* utique hæc exceptio non concernit processum, cuius generis exceptiones ante litem contestatam necessariò sunt proponendæ de quo actum supra disp. 26. Ad quartum quod ex textu citato illa opinio non probetur. Nihil autem huc pertinet *l.* 41. §. 1. *h. t.* quæ loquitur de exceptione cedendarum actionum, quæ etiam post sententiam opponi potest per notata *d. disp. t.* 26 *thes.* 7 *lit. H.* adeoq; vitiosè inde concluserunt quidam, quorum opinio refertur *ad Cyn. & Salic. in d. l.* 3. *Cod. h. tit.* exceptionem quoque divisionis post senten-

tiam opponi posse: & falsum est, quod hæc exceptio non oppugnet sententiam: siquidem proponimus fideiussorem in solidum condemnatum fuisse. Hoc autem non obstante rectè defenditur cum Tr. quod hæc exceptio in secunda instantia proponi possit: quia appellatio suspendit imò extinguit judicatum, cui probando adducitur *l. 1. §. ult. ad Turpill.*

L I T. G.

Nisi huic beneficio expreßè.] Expressa renuntiatione non esse opus, ostensum est lit. D. quoniam hactenus eadem huius quæ beneficii ordinis ratio est.

Si una cum minore.] Pertinet hoc ad explicationem *l. si Titius* 48. §. 1 *h. tit.* istis præcipuè verbis: huic similis quæstio, si ob ætatem in integrum restituatur unus fideiussor, an alter onus integrum excipere debeat: sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis. Hactenus JCtus. Et Connan. *lib. 6. comment. cap. 7. num.* 11. ita legendum putat, *si minor sponte &c.* Cuiac. 10. *obs.* 23. ita explicat, ut *ex princip. d. l.* 48. constituat differentiam inter mulierem & minorem. Qui intercessit cum muliere, ipse solus ex fideiussione subducta muliere in solidum tenetur: secus si intercesserit cum minore. Rationem duplicem petit Cuiac. ex verbis, *propter incertum ætatis & restitutionis* 1. quia sexus ignorari non possit, sed possit ætas. 2. quia certum sit auxilium SCti, sed non æque certum auxilium prætoris. Et JCtus per occultationem quandam casum hunc minoris cum alio intercedentis decidit, dum respondet, totum onus irrogandum esse alteri fideiussori, si postea minor intercesserit: eaque de causa rectè jam dictæ rationes referuntur ad casum quo minor intercessit cum alio. Neque hæc ratio inepta est, quod cum semel in persona fideiussoris prioris obligatio constituta sit in solidum, non debeat quasi deterior fieri per sequutam minoris fideiussionem, quippe quæ fragilis sit propter beneficium restitutionis: quam rationem à Gothofredo *in dict. l* 48. datam, frigidè & putidè suggillat *Anton. Fabr.* 8. *coniect.* 1. Eadem penè explicatio glos. est. sed Anton. Fabr. *d. loc.* cornicum oculos configere voluit, dum emendato textu omninò legendum censet, *si post minorem &c.* ut scil. intelligamus, creditorem, cum sibi metueret ne forte minor, quem solum acceperat fideiussorem in integrum.

tegrum restitueretur, accepisse alium fideiussorem, cui merito restituto minore totum onus irrogandum sit. Hoc quidem verissimè dici nemo negat, & idem planè Glos. quam procul dubio Fab. non inspexit, in terminis tradit, & dicit idem multo magis esse in casu adverso, si post minorem intercedat fideiussor. Eoque frustra est Anton. Fabr. dum dicto loco tanquam super singulari quodam invento tantum non gloriatur. Enim verò uterque casus rectè ita deciditur, nec adeò textus emendandus, & explicationes quæ juxta literam eum interpretantur, erroris damnandæ sunt: in quo haud dubiè labitur Ant. Fabr. qui lectionem vulgatam tolerari posse negat. Alter eiusdem error est, quod Papin. *in d. l.* 48. explicat de casu quo fideiussor intervenit post minorem non ordine temporis, sed tantum intellectus: quod satis refutatur ex oppositione casuum duorum, *si cum minore*, &, *si postea minor*, vel ut Fab. *si post minorem*. Et falsa ratio est Anton. Fabri, quod inter fideiussores non eodem tempore acceptos, non sit locus beneficio divisionis: siquidem *Cynus in dict. l.* 10. *Cod. h. tit. inf.* glossam quidem ita statuentem allegat, sed eam ab omnibus modernis falsam perhiberi affirmat: & illi sententiæ, quæ præsertim per textum *in dict. l.* 48. juxta literam expositum, perspicuè confirmatur, meritò standum erit, donec Faber aliis textibus contrarium evincat. Nihil autem juvat eius opinionem *l. si à Titio* 43. *h. tit.* quæ de diversis tractat debitoribus, ut proinde oblique contratium colligere liceat. Ineptius adducitur text. *in l. si plures* 38. *d. admin. tut.* quem nihil ad rem facere ultrò apertum est. Cæterum apud Tr. in explicatione loci jam dicti, duo notari posse videntur 1. obscuritas in verbis, *si cum minore fideiusseris*, & *si minor postea restituatur*, *eris adhuc pro parte obligatus*: pro quibus dicere debuisset apertius, *non onerari ex ea fideiussorem, ut in solidum obligetur, si minor postea restituatur*: quoniam non sicut mulieris, ita minoris persona subducitur, sed partem facit. Ait porrò: *si post tuam fideiußionem minor intervenerit, obligaberis nihilominus in solidum*: quod ita apertius expressisset: *obligationem fideiussoris præcedentem manere in suo statu*, nec vigore epistolæ Hadriani, pro parte quodammodo transferri in minorem, ut priori per exceptionem divisionis succurratur. Cæteroquin ambiguè etiam dicitur, *obligari in solidum*, siquidem qui exceptionem divisionis habet, nihilominus ipso jure in soli-

dum obligatus est *l. 3. Cod. h. titul.* Deinde non rectè opponit Tr. hæc tuo, *sive sponte sive dolo:* quoniam Cuiac. quem Tr. sequitur ex hoc ipso refutat emendationem Connani, quod creditoris dolus non faciat, quo minus sponte dicatur intervenire minor, licet aliàs speciali significatu non negaverim ista duo inter se opponi posse, vel hoc argumento, quod aliàs juxta communem Dd. sententiam contractus bonę fidei quibus dolus causam dedit, vix possint dici ipso jure nulli.

De illo constat, quod in extremo thesis Tr. ait fideiussores conveniri in foro suo, nisi ei renuntiaverint, textus *in l. in f. si quis in ius voc.* quomodo autem efficaciter renuntietur foro, alibi explicatur.

THESIS VI.

LIT. A.

Attamen, inquit Tr. in princ. thes. ne tunc quidem statim solvere cogitur fideiussor, quamvis rectè conventus (ita videlicet conventus, vt nec excussionis nec divisionis exceptionem opponere possit) sed exceptionem habet cedendarum actionum. Quæ oppositio non rectè se habere videtur, quoniam *solvere cogi*, & petere ut sibi cedantur actiones, mutuo sibi non contradicunt. Cum autem creditor actiones habeat tum contra ipsum reum tùm contra cæteros fideiussores, mancus & imperfectus videtur Tr. qui tantum de cedendis actionibus contra confideiussores tractat. Nisi fortè eò respexit Tr. quod contra ipsum reum non est necessaria actionum cessio, quoniam superest actio mandati vel negotiorum gestorum: sed necessaria est contra confideiussores, contra quos nullam actionem aliam nisi cessam, fideiussor qui solvit totum, habere videtur, per textus *in l. fideiussoribus 17. l. ut fideiussor. 39. h. titul. l. cum alter 11. Cod. eod.* ut proinde merito creditor si credere nolit, hac exceptione debeat repelli: quam Tr. in exegesi appellat, exceptionem doli, videlicet generalis, quoniam dolo facit creditor, qui consequutus debitum nolit cedere actionem, per quam fideiussor extra damnum constituatur, præsertim si contra ipsum reum actio mandati V. C. propter inopiam sit futura inanis. Addit autem Tr. quod exceptio hæc non proficiat fideiussori, ut liberetur à toto, sed, ut loquuntur, à tanto, vt videlicet

licet ultra portionem suam virilem solvere non teneatur. Et hoc quidem quoad cessionem actionum contra confideiussores, recte se habere videtur: quoniam ex Epistola Hadriani effectu ita dividitur obligatio fideiussoria, ut singuli pro rata parte teneantur: & non dubii juris esse existimo, si ex duobus fideiussoribus unus totum solverit, eum quantumvis cessis actionibus non nisi dimidium ab altero consequi posse: quoniam absurdum sit ita in fideiussorem unum totum onus derivari, & ex hoc accidenti quod alter prius conventus fuit, huius quidem meliorem, sed alterius deteriorem effici conditionem. Sed siquidem etiam ut contra reum actiones cedantur jure peti potest, à quo totum quod exsolvit, jure repetit fideiussor, defendi posse videtur, exceptione hac cedendarum actionum ita defendi fideiussorem, ut nec ratam portionem solvere cogatur: cum præsertim nihil interesse possit creditoris qui suum accipit, interesse autem possit fideiussoris, actione principali cessa potius experiri, quam actione mandati vel negot. gest. sed & in genere vulgo traditur, utile esse plures habere actiones.

Nisi renuntiaverit.] Et quidem ut Tr. addit specificè: quod falsum esse probavimus th. præced. lit. D. & falsum etiam, quod Dd. vulgò cum ipso sentiant. Illud autem constare debet, quod renuntiatio beneficii excussionis vel divisionis, non tollat beneficium & exceptionem cedendarum actionum: falluntur enim procul dubio, qui in casu quo beneficio divisionis renuntiatum fuit, aliter statuerunt: quam quorundam sententiam refert & rectè improbat *Salicet. in l. creditor C. d. duob. reis.* etenim ea renuntiatio fit in favorem creditoris, ne actionem cogatur dividere, unde pessimè infertur ad negandam exceptionem cedendarum actionum. Sed Tr. hic sine dubio huic ipsi exceptioni renuntiatum fuisse intelligit: quem etiam casum ponit *Salicet. in d. l. 1. Cod. d. duob. reis, & gloss. in l. si plures 38. d. administrat. tutor.* neque minus huic exceptioni, quam beneficio ordinis & divisionis renuntiari posse tradunt *Herig. d. fideiussor. cap. 27. p. 3. num. 20. Petr. Heig. p. 1. quæst. 38. num. 8.* ubi tamen specificam renuntiationem requirit. Sed mihi totum hoc dubium videtur, neque ullo modo ad hoc probandum sufficere textum generalem *in l. pen. Cod. d. pact.* (citata autem à *Tr. l. ultim. Cod. d. pact. convent.* nihil ad rem facit (sed in

spe-

ſpecie hanc renuntiationem utilem eſſe erit probandum: quoniam ſeparata eſt huius exceptionis ratio, & ſcil. intereſt creditoris ut poſſit rectà vel in ſolidum convenire fideiuſſorem, quæ res utilem facit renuntiationem: ſed nihil intereſt creditoris quominus cedat actiones, quin in dolo eſſe videtur ſi accepto quod ſibi debetur, hoc agat, ut in damno moretur fideiuſſor: & video quidem utilitatem huiusmodi renuntiationis referri hanc *à Pet. H. ig. d. loc. num.* 36 quod hoc caſu creditor poſſit gratificari amico conveniendo in ſolidum alterum ex obligatis, & omittendo confideiuſſorem amicum, contra quem actiones ſuas cedere non teneatur. Verum eiusmodi intereſſe jure noſtro in conſiderationem non venire videtur: & ipſe *H. ig. num.* 39. & poſt eum *He. ing. d. loc. num.* 23. ab iſta opinione recedunt, & non obſtante renuntiatione hac, nihilominus fideiuſſorem beneficium hoc implorare poſſe concedunt, & hunc effectum renuntiationis iſtius tradunt, ne exceptione cedendarum fideiuſſor contra creditorem ad retardandam ſolutionem & executionem uti poſſit. Sed & hæc ſententia parum mihi videtur ſubtilis: vel quia hæc exceptio nullam vel utique leviſſimam iniicit moram ſolutioni & executioni, cum in poteſtate creditoris ſit, quamprimum cedere actiones: vel quia ſi exceptio hæc ſalva eſt fideiuſſori, neceſſarium eſt, ut eam liceat opponere eo tempore, quo creditor adhuc habeat actiones, & ita ante ſolutionem, ut traditur lit. B. Sed & cum interpoſito nudo pacto ſolutio rectè fieri & poſtea actiones cedi poſſint, ut dicta lit. B. tractatur, non poſſum animadvertere, quomodo aliqua ratione petitio fideiuſſoris, ut actiones ſibi cedantur, poſſit retardare executionem & ſolutionem: & proinde ut concludam, exiſtimo renuntiationem huius exceptionis eſſe nullam.

Ceßio fit ſaltem.] Hoc iam diximus, quod fideiuſſor exactus tantum pro rata repetere poſſit partes à confideiuſſoribus: ſed eam rem *à Bart. Caſtr. & aliis in l* 7. *h. tit.* tractatam non reperio, ſed potius *in l.* 1. *C. d. duob. reis* ubi *Salic. n* 5 *in f.* veriſſimè ait, quod contra reum quidem ſit actio cedenda in ſolidum, quod paulo ante diximus, ſed contra fideiuſſores tantum pro parte. A qua opinione non poteſt recedere *Cyn. in l.* 12. *rem pupill. ſalv. for.* in quem titulum non ſcripſit, neq; ibid. deprehendo diſſentire gl. ſed videtur diſſentire *in l. ſi plures* 38. *d. admin. tut.* ut eam *d. loc.* allegat Salic.

An

An unius fideiussoris conventione liberetur alter, quod in f. huius lit. annectit Tr tractatum est supra *hac disput. thes. 1. lit B.*

L I T. B.

Post solutionem.] Videtur minus congruè dici, quod post solutionem factam exceptio obiiciatur: & rectius, quod post solutionem non possit fideiussor petere, ut sibi cedantur actiones. Exceptio quidem ista etiam post sententiam rectè opponitur *l. 41. §. 1. h. t.* Sed post solutionem frustra de actionibus cedendis disputatur, quas nullas jam amplius habet creditor, utpote solutione facta extinctas. Ex qua ratione quam ipse Tr. hic tradit, in dubium vocatur imò falsi arguitur limitatio eius prima: nisi creditor sponte cedere velit. Si enim verum est quod Tr. ait omnem obligationem sublatam esse, & nullam amplius adversus confideiussores actionem remanere penes creditorem, nullam etiam ut maximè velit actionem cedere possit, quippe cuius voluntas non potest esse modus conservandi vel resuscitandi extinctas actiones. Quin ratio juris efficere videtur, ut quo casu actiones cedere potest creditor, eas quoque cedere teneatur: licet ad hoc posterius non difficilis sit responsio, quod ante solutionem cogitur cedere dum fideiussor retentionis jure utitur, adeoque ex hypothesi, creditori si pecuniam habere velit, necessitas cedendi imponitur: sed post solutionem nulla ratio cogendi creditoris superesse videtur: sufficit autem ratio prior ad istam limitationem confutandam. Adducit autem pro se Treut. *l cum is 36. h. titul.* ibi, ut existimo, *qui accepta pecunia præstat actiones*. Sed præterquam quod nihil ibi de volente aut invito dicitur debitore, triplex insuper ad eum locum parata est responsio. 1. quod in ipso vel sub ipsum actum solutionis ibi cessio facta fuerit: quod arguunt verba, *accepta pecunia præstat actiones*. 2. quod solutio facta sit sub conditione & modo hoc, ut cedantur actiones: quæ est secunda & vera limitatio apud Treut. quo casu si non cedantur actiones, actioni præscriptis verbis aut condictioni causa data, locus erit, quoniam pecunia non tàm ex priori obligatione, quàm novæ contrahendæ gratia soluta videtur. 3. quod ibi solutio facta fuerit præcedente pacto de cedendo actiones. Nec quisquam aut rationem dubitandi hic deesse, aut absurdè hoc præsupponi existimet: etenim ratio dubitandi erat, quod pactum non videbatur efficere posse,

ut manerent actiones quæ per solutionem ipso jure extinguuntur. Ratio decidendi, quia JCti ita interpretati sunt istud pactum, ac si solutio non ex causa præcedenti, sed ex causa venditionis, & tanquam pro pretio cessarum actionum facta fuisset, per textum elegantem *in l. Modestinus 76. d. solut.*

LIT. C.

Ita in thesi ait Tr. actionibus cessis & facta solutione contra ipsum debitorem principalem habet actionem vel mandati vel negotiorũ gest. &c. Atquin 1. in præcedentibus tantum fecit mentionem de actionibus cedendis cõtra fideiussorem, ut vel hinc appareat, in priori parte thesis mancũ fuisse Tr. Deinde verba Tr. hoc præ se ferunt, quod fideiussor excessione habeat actionem mandati & negotior gestor. quod constat esse falsum, & sunt hæ actiones ex propriis contractibus. 3. Debebat in hac parte ubi in genere facit mentionem cessionis etiam proponere actionẽ cessam quæ competit contra confideiussores, cum præsertim etiam meminerit cessæ actionis hypothecariæ: nisi forte Tr. in prima parte thesis satis hoc præstitum fuisse putavit: sed diversa utique sunt quærere, an actiones cedendæ, & quid cessa actione cõsequamur. 4. circa cessionem actionis contra reum principalem, proponenda erat actio ex contractu, qui inter reum principalem & creditorem gestus erat, quoniam hanc solam non aliam cedere creditor potest.

Sed rem ipsam videamus: & initio sub hac lit. C. qua traditur fideiussorem qui solvit experiri contra debitorem, limitatio proponitur, quod videl. quidam sint casus, quibus etiam ante solutionem fideiussor agere possit: sed nimirum non ut debitor aliquid solvat, verum, ut loquntur, pro exoneratione, ut liberetur fideiussor ab obligatione sua, quod scil. petere potest actione contraria mandati. Tractatur hoc *in l. Lucius. 38. §. 1. mandati & in l. si pro ea 10. C. eod. & in cap. ultim. extra h. tit.* Et casus unus, si debitor bona sua dilapidare ceperit, proponitur *in d. l. 10.* ita ut nullus alius admitti videatur: & tamen alius traditur *in dict. l. 38. mandati & in d. cap. ultim. h. tit.* si reus diu cessaverit in solutione, & ita fideiussor diu steterit in obligatione: qui tamen casus non simpliciter causam videtur præbere actioni, sed tum demum si fideiussor non habeat pecuniam, qua oblata creditori sibi paret actionem mandati,

dati, argumen. *dict. l. 38. vers. maximè*. Istud autem *diu* arbitrio judicis permitti docet plene *Menoch. 2. arbitrar. cas.* 41. ubi n. 4. eandem esse sententiam Dd. ostendit, quos adeo male pro dissentientibus citat Tr. Tertium casum addit Tr. si studiosus fideiussor factus ad aliam Academiam migrare velit: qui tamen casus non probatur *ex l. 8. d. procurat.* nec *ex l 15. d. recept. arbitr.* neque enim si profectio justa causa est, propter quam arbiter non cogitur dicere sententiam, protinus etiam justa causa erit, propter quam liberetur fideiussor: siquidem illius ratio est, quod partes statim volunt sibi jus dici, nec tamen ob id necessaria profectio eius impedienda est: & procul dubio in istis terminis civis necessariam profectionem suscipientis, non poterit peti liberatio ab onere fideiussionis. Plane si quis ex justa causa alio domicilium transferre velit, poterit aliquando audiri: cui casui similis est, si studiosus ad aliam Academiam se conferre velit, cui tanto magis hoc tribuendum erit, quod nullibi ille figat sedem, sed de loco in locum migret: qua tamen in re arbitrabitur judex, an non iniqua conditio inferatur creditori, si forte studiosus qui heri fideiussit, cras paret abitionem. Sed si paulo diutius fuerit obligatus, non iniqua futura sit eius petitio, quoniam creditor scivit aut scire debuit, hanc esse studiosorum conditionem, ut non diu in uno loco commorentur. Et ita referri poterit iste casus ad præcedentem, si fideiussor diu steterit in obligatione, ut hic, *diu*, accipiatur civiliter pro qualitate personæ fideiubentis. Ad primum etiam casum probandum nihil facit *l. 10. §. 1. qui satisdare cogantur*, vel quia est de casu plane diverso, quo non debitor sed fideiussores lapsi sunt facultatibus, itaque novam satisdationem præstare debitor tenetur: vel quia ipse Tr. supra *th. 2. lit.* F. in casu quem tractamus quo fideiussores ex conventione dati sunt, postquam hi facultatibus lapsi sunt, negat teneri debitorem, ut alios constituat fideiussores. Sed plura de his videantur apud *Menoch. cit. loc. Gomez. cap. 13. num. 10. Geil. 2. obs. 29.* & apud alios ibid. citatos.

LIT. D.

Actionem mandati.] Ubi quis videlicet ex mandato expresso debitoris, vel hoc sciente & præsente intercessit. Addit autem Tr. quod hac actione agat etiam fideiussor ex scriptura qua creditor sibi pecuniam solutam esse testatur. Quæ verba ita accepta ut

jacent, videntur præ se ferre, quasi ad generandam & producendam actionem mandati sigillatim hoc conferat. Sed non ita est, & apparet *ex cit. Gomez. d. cap. 13. num. 13* hanc simplicem tractari quæstionem, an instrumentum sive scriptura huiusmodi sufficiat ad implendam probationem, quod fideiussor satisfecerit creditori, quoniam hoc ad fundandam mandati actionem necessarium est: neque minus quæstio hæc locum habet, ubi tractatur de intentanda & fundanda actione negotior. gestor. Rectè autem quæstio hæc affirmatur à Gomes. si modò, quod præsupponendum est, eiusmodi scripturæ creditoris nihil obiici possit: quoniam cum hoc modo tutus efficiatur debitor adversus creditorem, nihil habet quo se contra fideiussorem defendere possit: cum præsertim creditor etiam remunerandi causa ita debitum remittere fideiussori eumque liberare possit, ut nihilominus fideiussor actionem mandati contra debitorem habeat, quo utique casu non poterit probatio realis solutionis imponi fideiussori: quod male exigit *Bart. in l. duobus. §. 1. d. jureiur.* & alii relati *à Comas. d. loc.*

LIT. E.

Negotiorum gestorum:] Non rectè distinguit aut opponit Tr. absente vel ignorante: quoniam etiam pro absente ex mandato fideiuberi potest. Eum qui pro invito fideiussit, non habere actionem, traditum est supra *th. 3. lit. G.* à qua regula excipit hic Tr. si quis pro liberanda persona etiam inviti, (ita enim legendum est,) fideiusserit: cui sententiæ firmandæ parum facit quod *in l. 13. ad L. Aquil.* traditur, neminem esse dominum membrorum suorum: sed hoc potius facit, quod hominem beneficio affici, & eiusmodi captivitate liberari, interesse alterius videtur *argum. l. 5. d. iusti. & iure l. servus. 7. inf. d. serv. export.* cum credi possit morbo quodam animi & impatientia quis recusare ut liberari possit, qua de causa etiam pro damnato capitis contradicente etiam, appellare licet *l. 6. d. appell.*

Et generaliter.] Parum hoc cum præmissis cohæret: sed limitatio est ad illud quod dixerat, fideiussori qui solvit regressum dari adversus debitorem per actionem mandati vel negot. gest. Fallit hoc 1. si fideiussor exceptionem aliquam qua defendere se poterat, omiserit, quæ tamen justa, non verò de apicibus juris fuerit, juxta *l. idemque 10. §. pen. l. si fideiussor. inf. pr. & §. 4. D. mandati.* Fallit

2. si

2. si condemnatus fideiussor non appellaverit, si modo apparuerit aliqua iniustitia sententiæ & iniuriæ judicis ut fideiussor probabiliter sperare potuerit, sententiam in secunda instantia retractatum iri, textus in terminis *in l. si pro ea* 10. *inf. C. mandati.*

LIT. F.

Contra pignorum possessores.] Actionibus cessis contra pignorum possessores ait dari hypothecariam actionem utilem, videl. & ipsam cessam: aliàs enim non animadverto, quomodo actio ex speciali obligatione nata, citra cessionem fideiussori competere possit: neque enim huc referri possit, quod legato nomine, vendito vel in solutum dato, etiam citra cessionem ex rescripto Impp. actiones utiles concedi dicuntur *l. ex legato. C. legati. argum l. 1. Cod. d. O. & A.* & ostendunt textus à Tr. citati *in l. 2. 11. & 14. Cod. h. tit.* fideiussorem nonnisi translato in se pignoris jure, actione hypothecaria posse experiri. Hoc autem ita posito, dubium redditur quod Tr. de utili tantum actione proponit, quoniam post cessionem actionum etiam ex cedentis persona directis actionibus experiri licere non dubitatur argumen. *d. l. 1. Cod. d. O. & A.* ubi non alia ratione negantur actiones directæ, quam quod qui eas mandaverat, jam mortuus erat, neque alius est, qui procurator in rem suam dicitur, quam qui ex causa donationis, in solutum dationis, emtionis, in propriam utilitatem, ex persona alterius actiones exercet, qui nihilominus ex sua persona utiles actiones habet *d. l. 1. Cod. d. oblig. d. l.* 18. *C. legati l. procuratores* 55. *d. procur. l. emtor.* 5. & *l. ex nominis.* 8. *Cod. d. hæred. vend.* in quibus duplex hæc ratio proponendi actiones directas & utiles ostenditur. Et nihil adeò obstare poterit, quominus fideiussor actionem hypothecariam sibi cessam ex persona creditoris cedentis, atq; ita directo possit movere: sicut & nihil obstat, quo minus *l. mandati.* 14. *Cod. h. tit.* explicetur de actione quam ex propria persona instituat fideiussor: ita enim, videlicet de utili, extraordinariam actionem ibidem accipiendam censet Accurs. nam quod ibid. addit, extraordinariam actionem dici posse propter sublatas formulas non fert inscriptio istius loci, quæ autorem profitetur Gordianum, sub quo veterem procedendi rationem adhuc in usu fuisse verosimile est. Neque putarim distingui hic posse inter actionem in personam & in rem, qualis est actio hypothecaria: etenim nec obligatio, ex qua actio personalis

descendit, in cessionarium transfertur, sed hic ex persona cedentis actionem directam exercet: ut nec prohibere possit fideiussor, quo minus pignoris jure sibi cesso & in se translato, creditoris cedentis nomine exerceat actionem: cum præsertim idem jus hac in re in actione personali & reali constituerit *Iustin. in l. ult. C. d. hered. vend.*

Modo pignora &c.] Pertinet eò, quod dixerat, cogi creditorem in fideiussorem solvere paratum; jus pignoris transferre. Limitatur enim hoc *ex l. 2. C. h. t.* nisi ex alia insuper causa quam ex qua convenitur fideiussor pignora sint obligata creditori. Ratio est ab individua pignoris causa, quod non liberatur ullo modo solutione partis, sed donec totum solvatur jus integri pignoris distrahendi salvum manet creditori *l. 6. C. d. distract. pignor.* ut proinde solutione etiam facta ex una causa, non possit liberari pignus, quod ex pluribus causis, & pro pluribus summis, & harum singulis in solidum obligatum censetur.

THESIS VII.

LIT. A.

Sicut fideiussio ab initio non constituitur, ubi nulla est principalis obligatio, ita hac sublata illa quoque expirat. Neque obstat quod Tr. proposuit *supra th. 1. lit. C.* si fideiussor sine hærede decedat, nihilominus obligatum manere fideiussorem *l. Stichum 95. §. 1. inf. d. solut.* etenim casus specialis est, & ita constitui ratio suasit, ne aliàs iniqua conditio inferretur creditori, cui jus salvum manet contra fideiussorem, licet debitor omnia bona sua amiserit. Et fortassis hoc casu ubi deest saltem qui suscipiat obligationem debitoris, non potest simpliciter dici sublatam esse obligationem, maximè cum vicem hæredis subeat fiscus, qui bona vacantia jure regalium occupat cum onere suo *l. si indebitam 15. Cod. h. t.* quæ bona si non sint solvendo, onus hoc est fideiussoris.

Si tamen fundus.] Verba Tr. hæc sunt: si fundus debitoris in solutum datus evincatur, & debitor amplius solvendo non sit, creditor adhuc contra fideiussorem aget. Et videtur his verbis objectio quædam proponi, aut exceptio, qua sublata obligatione principali nihilominus teneatur fideiussor: & videtur objectio talis esse.

se. Fundo debito soluto nihilominus aliquando fideiussor tenetur. Atqui fundo soluto liberatur debitor: & proinde aliquando debitore liberato fideiussor tenetur. Propositionem probat Tr. his verbis, si fundus in solutum datus evictus sit, creditor adhuc contra fideiussorem aget. Et faciunt huc aliquid textus citati à Tr. *in l. 26. d. solut. l. 21. d. iur. fisc.* ex quibus probatur, licet liberentur pignora si pecuniam creditor accipiat, fallere tamen hoc, si ex post superveniente causa pecunia creditori auferatur. Sed nimirum in propositione minori, manifestum vitium est, & ex ipsis citatis textibus apparet, debitorem istis casibus liberatum non esse: ideoque cum utraq; propositio particularis sit: argumentum peccat in forma. Neque enim verum est quod fundo quocunque soluto semper debitor liberetur: V. C. qui ex stipulatu fundum debet, iuxta naturam obligationis necessum habet fundum stipulantis facere, neque liberatur si fundum alienum dederit, sed perinde adhuc tenetur, atque si nihil dedisset, quoniam obligationi non satisfecit, per textus *in l. ubi 75. §. ultim. d. Verbor. Obl. l. 25. §. 1. d. contrahend. emt.* idque ita in aliis quoque dandi obligationibus obtinet, ex quarum numero est causa dationis in solutum, licet aliàs venditionis naturam imitetur *l. 4. in f. Cod. d evict.* quod & ipsa Treut. verba evincunt, dum ait teneri fideiussorem, & si debitor amplius non sit solvendo: quæ scilicet arguunt, obligatum adhuc esse debitorem, cum aliàs ineptè, an reus principalis solvendo sit nec ne, quæretur: constat autem, ob id, quod solvendo debitor non est, non tolli obligationem: nec minus constat: fideiussorem eodem modo, quo reus principalis, esse obligatum. Quod si casum simpliciter venditi fundi proponas, ex qua causa non est necessarium, dominium transferri, nihilominus de evictione ex natura contractus aut ex speciali stipulatione tenetur venditor, ideoque evicto fundo obligatus manet: in quibus terminis inspicienda erit qualitas fideiussionis, quæ in dubio hic etiam obstringat fideiussorem, quippe quod hæc sit natura contractus, ut necessum sit prçstare habere licere, quod non licet emtori, cui evictus est fundus.

Quod multo magis.] Fideiussor enim indemnitatis promittit, quod vel quantum à debitore consequi creditor non potest, ideoque in casum quem tractat Treut. quo debitor non est solvendo,

vendo, tanto magis tenebitur, de quo actum supra *thes.* 13. *lit. E.*

Aliud est.] Si creditor sæpe admonitus ut debitorem urgeret, petere distulit, atque ita debitor factus est non solvendo, aliud esse ait Treut. videlicet ut hoc casu fideiussor non teneatur. Hoc admiserim, si obligatio pro qua intervenit fideiussor quodammodo sit limitata certo tempore, veluti in specie à Treut. citatæ *l. si fideiussores* 41. *in princ. h. tit.* quoniam post legitimam ætatem impletā & ita finitum officium tutoris vel curatoris rationes sunt exigendæ, quas exigere si moretur pupillus pubes, vel adultus maior effectus, præsertim monitus à fideiussore, merito culpæ suæ, & negligentiæ damnum sustinere debet. Sed vix admiserim in alio debitore citra aliquam eiusmodi limitationem obligato, quoniam hic fideiussor si cesset debitor solvere & creditor petere, aliud remedium habet de quo actum th. præced. lit. ut actione contraria mandati petat exonerationem.

LIT. B.

Novatione.] De hac agitur *disputat. seq. thes.* 5. quo se refert Tr. hic.

Similiter si fideiussor.] Proponit quæstionem Tr. si fideiussor intervenerit pro frumento solvendo, & in secunda obligatione inter debitorem & creditorem convenerit, ut pecunia vel vinum solveretur, an tanquam novatione facta liberetur fideiussor. Etenimirum aut separata obligatione simpliciter convenit de pecunia vel vino solvendo, & dubium non est, quin reo manente obligato in frumentum, fideiussor quoq; adhuc teneatur: aut verò ita convenit ut pro frumento debito, solveretur vinum vel pecunia, & existimant Dd. factam esse novationem: ita enim in iisdem ferè terminis tradunt *Salicet. in l. ult. Cod. de novat. num.* 3. *Bart. in l. pen. de prætor stipulat. num.* 3. novationem factam intelligi, si pro decem, quæ debebantur, quindecim fuerint promissa, ne aliàs debitor contra conventionem in utrumque & decem & quindecim teneatur: & consequenter adeò fideiussor erit liberatus. Accedit & alia ratio, quod iure nostro fideiussor in aliud teneri non potest, quam debet reus principalis, quod in his terminis ostendit *l. si ita* 42. *h. tit.* itaque incidit hic fideiussio in eum casum, à quo incipere non potest: idemque erit, si hic in casu à Tr. proposito debito ex alter-

alternativè obligari quis incipere existimaverit: quoniam hic est obligatio generis, eoque cessat ratio, quæ sustinet fideiussionem in specie *l. hi qui 24. in fin. h. tit.* quamvis hac ratione & hoc modo vix crediderim constitui obligationem alternativam. Cæterum Marsil. ad quem se refert Treut. parum subtiliter *num.* 89. distinguere videtur, an fideiussor dixerit, nolle se teneri ob aliam rem, an simpliciter intervenerit, illo casu non teneri fideiussorem, sed hoc teneri. Et prius quidem verum, sed posterius falsum esse videtur: sed & eodem loco male videtur existimare Marsil. quod per novationem non liberetur fideiussor.

Illud certum.] Ait certum esse si à primo judice, ubi fideiussor de iudicato solvendo intercessit, perventum sit ad alium judicem, fideiussorem liberari quo ad hunc posteriorem: ubi videtur sibi cortradicere sub th. 3. lit. A. in f. per ibi notata: nisi quis putet salvari posse Tr. ut intelligatur cum citato Marsilio, ille casus, quo prior iudex sententiam non dixit, sed ab initio ad alium itum fuit: quam tamen explicationem non patitur, ꝙ Tr. tradit *inf. hac th. lit.* E. in causa appellationis non teneri fideiussorem qui intercesserat in causa principali, id est, in prima instantia, super judicato solvendo, juxta text. *cit. in l 3 iud. solvi*, & ꝙ ipse Tr. d. lit. E. refert se ad hanc lit. B. cæteroquin falsa prorsus esset ista sentẽtia, si intelligeret fideiussorem, qui intercessit super ipsa obligatione & contractu ex quo actio movetur: sed hanc *ἀντιλογίαν* concilient alii, quibus nimium Tr. sapit.

LIT. C.

Actionis confusione.] De hoc modo tollendæ obligationis agitur *disput. sequen. th.* 1. *lit.* G. Duo autem hic principalia membra sunt distinguenda, & constituenda: quod concurrunt vel eiusdem generis obligationes, vel diversi. Prius membrum rursus duplicem habet inspectionem: quia vel concurrunt duæ obligationes accessoriæ, vel duæ eiusdem generis principales. Illius species & exemplum est, si concurrant duæ obligationes fideiussoriæ, veluti si fideiussor succedat confideiussori: & hoc casu cum sit utraque eiusdem potestatis, altera alteram non perimit, sed duæ obligationes in unius persona subsistunt, *l. hæres 2*. § 1 *h tit.* ex regula generali *in l.* 13. *d. duob. rei*. *l* 5. *h. tit.* quod non esse novum, docent *d. l.* 21. §. *l. h. tit. & l. non est novum* 10. *in princip. d. act. empti.*

Hujus ſpecies eſt, & exemplum, ſi correus debendi alteri correo debendi, vel reus credendi alteri correo credendi ſuccedant: & hoc caſu ex eadem ratione neutra perimitur, cum nec ſtatui poſſit, quæ per quam perimi debeat & conſumi: idque ita traditur *in l. ſi duo 93. in pr. d. ſolutionib* & hic unus duas obligationes ſuſtinet *d. l 5. in pr. & §. 1 h. t.* ex quibus textibus & rationibus apparet non poſſe diſtingui, an correi ſtipulandi an promittendi ſibi invicem ſuccedant. Diſertè tamen obſtat *d. l. 93. §. d. ſolut.* ubi dicitur, ſi ex duobus reis promittendi alter alterum hæredem ſcripſerit, confundi obligationem. Sed dubitandum non eſt, quin ibi Florentina lectio ſit mendoſa, & addita negatione, ut vulgata & Haloandrina editio habet, legendum, *non confunditur obligatio* ſicut ibidem *in §. 2.* ex adverſo detractâ negatione legendum: *ſi reus fideiuſſorem hæredem ſcripſerit, confunditur obligatio* eitaque *ex d. §. 2.* negatio *in §. 1. praeced.* traducenda eſt: ne aliàs ille locus & cum ratione, & cum aliis textibus implacabiliter pugnet: idque etiam obſervavit *Cuiac. 11. obſ. 34. in f. & probat Ant. Fab. 8. coniect. 4.* Atque hoc primum membrum, ſi concurrant duæ obligationes ejuſdem generis. Poſterius membrum quo concurrunt obligationes diverſi generis, *etiam* duplicem habet inſpectionem. 1. ſi concurrant duæ obligationes principales, & quidem non abſolutæ, (ut ita loquar), ſed relatæ, veluti obligatio creditoris & debitoris, ſi alter alteri hæres exſiſtat: quo caſu certum eſt confuſionnm induci & plane perimi obligationem, quoniam nemo ſibi ipſi debere poteſt *l. 7. C. d. pact l. Stichum 95. §. 2. d. ſolut. l. 3. C. d. fideicommiſſ.* ideoq; etiam fideiuſſores liberabuntur, quia nemo apud eundem pro eodem fideiuſſor eſſe poteſt *l. qui hominem 34. § quidam 8. in f. d. ſolut. l. hæres 21. §. 3. h. tit.* 2. ſi concurrãt obligatio principalis & acceſſoria & hic diſtinguendum eſt, an fideiuſſoria obligatio concurrat cum obligatione rei, an cum obligatione creditoris. Hoc caſu omnimodò acceſſoria conſumitur à principali, veluti ſi fideiuſſor ſuccedat ſtipulatori, fideiuſſoris obligatio extinguitur *d. l. 21. §. 3. h. t.* nec dubitandum quin idem ſit, ſi ſtipulator ſuccedit fideiuſſori, quoniam non poteſt idem eſſe creditor & fideiuſſor & nemo apud ſe ipſum fideiubere poteſt. Illo caſu itidem perimitur acceſſoria obligatio, quod omnibus caſibus contingit, quib. obligationi quæ obtinet locum ſequelæ principalis accedit *l. ſi duo 93. §. 2. verſ. & quaſi*, quæ ratio

ſatis

satis ostendit, *in pr. eiusdem* §. expungendam esse negationem, ut paulo ante monuimus. Et hoc minus dubium est, cum principalis fideiussoriæ supervenit, veluti si fideiussor succedat reo: nam de altero casu, quo reus fideiussori succedit dubitatum fuisse, nec idem Proculo placuisse, ostendit *d.l.93 § ultim. d. solut.* sed tamen Sabini sententiam obtinuisse, ut hoc casu idem juris sit, docetur *ex l. cum quis. 38. §. fin. & d.l. 93. § ultim. d. solut. l. 14. d. fideiussor.* licet non defuerit ratio dubitandi pro Proculo, quod hęres repręsentat personam defuncti & illius locum subit, ut proinde non videatur obligatio hæredis consumere posse obligationem defuncti: illud autem absurdum, ut principalis per accessoriam perimatur, & qui ante reus principalis erat jam tanquam fideiussor teneatur. Et tamen ex sententia Sabini non hoc, sed illud obtinuit, ut videlicet fideiussoria obligatio tanquam infirmior consumeretur per obligationem hęredis, & ab hoc tantum tanquam à reo debitum peteretur. *l 14. h. tit.* ubi expresse dicitur perimi obligationem fideiussoriam: & additur, si conventus successor utatur exceptione fideiussori competente, in factum vel de dolo replicandum esse. Qua in re merito à Tr. reprehenditur *Ant. Fab* qui addita negatione *in d. l. 14.* legendum putat *fideiussori non competente.* Etenim licet verum sit quod ibi tradit, si reus pactus sit ut à se tantum non petatur, & in specie *d. l. 14.* quo successit fideiussori, si excipiat ex sua persona, replicari posse de dolo, ne propter concursum obligationum iniqua conditio inferatur creditori, qui aliàs salvam habuisset actionem contra fideiussorem: licet inquam hoc verum sit, non tamen inde sequitur, falsum esse, quod ex receptissima lectione efficitur neque satis est ad defendendam emendationem aliquam, quod veram contineat sententiam, sed quod sine emendatione, vera & congrua sententia ex textu haberi non possit. Est autem verissima hæc sententia, si reus successerit fideiussori, huius obligatione peremta non audiri reum: si exceptione quæ soli fideiussori competebat, ut rectè hoc explicat Accurs. repellere creditorem velit. Quin imò ista illatio JCti minus rectè se haberet, si emendationē sequamur Ant. Fab. secundum quam JCtus dicere debuisset, *& tamen exceptione &c* & faciat contra Ant. Fabr. quod regulariter exceptiones fideiussori competentes reo non prosint, sed ex adverso regulariter exceptiones reo competentes prosunt fideiussori. Et oppido

quam frivolæ sunt rationes quibus movetur Ant.Fab.1. quia dicatur ibi conventus tanquam reus, adeoque non possit dici opponi exceptio ex persona fideiussoris. Resp. utcunque conveniatur tanquam reus, esse tamen successorem fideiussoris: quæ dubitandi ratio erat, an ex huius persona posset cum effectu obiicere exceptionem vel ideò quod Proculus hoc casu negabat confundi actiones. 2. quod non possit opponi exceptio ex persona fideiussoris, cuius obligatio ibidem dicitur peremta. Resp. hoc non obstante exceptionem, V. C. pacti, posse opponi, quoniam pacta facti sunt *l. si unus 27. §. pactus. 2. d. pact.* quæ satis probabilis dubitandi ratio fuit *in d. l. 14. h. t.* maximè quia, ut jam dictum, ex sententia Proculi obligationum hic non fit confusio: & hoc est quod Tr. ait, *idem esse si reus succedat fideiussori*, (Typographus per errorem scripsit successori) ita ut si fideiussoris exceptione utatur, replicatione doli submoveatur.

Quod autem diximus, accessoriam consumi à principali, notabilem hanc patitur limitationem, ut obtineat, quoties obligatio rei promittendi plenior, vel certè æquè plena inveniatur *l. Stichum 95. §. 3. d. solut.* quod si enim fideiussor successerit ei, *qui naturaliter* tantum obligatus erat, obligatio fideiussoria in suo statu manebit: vel quia naturalis obligatio impotentior est, quam ut possit consumere civilem, vel quia aliàs injuria fieret creditori. Quę procul dubio mens est *Papin. in d. §. 3.* quem rectè videtur emendare *Cuiac. 11. obs. 34.* nam si reus duntaxat naturaliter fuit obligatus, fideiussor qui scilicet successit, non liberabitur: quam emendationem ex Græcis traditam probat *Anton. Fabr. 8. conject. 4.* idemque è converso erit, si naturalis debitor succedat fideiussori suo, ut scilicet non perimatur, fideiussio, ut in eliganti casu tractat Afric. *in l. hæres. 21. §. 2. h. t.* Et hoc scil. dicere voluit Tr. his verbis, *nisi plus fuerit in illa accessoria quam principali*: & in genere obtinet ut non inducatur confusio obligationum, si inde damnum sensurus sit debitor vel creditor, ut tradit *Bart. in d. l. 14. h. t.* quoniam quod citra culpam alterutrius contingit, non debet conditionem eius facere deteriorem.

Hoc autem quod diximus *ex d. l. 95. §. 3.* obtinet in debitore, contra quem naturaliter tantum obligatum nulla actio competit: secus enim fuerit, si debitor propriam tantum & personalem ha-

beat defenſionem, cum obligatio per ſe civilis eſſet & legitima: hic enim ſequemur regulam, quod fideiuſſoria obligatio concurrens cum principali perimatur: ideoq; ſi minori qui in integrum reſtitui poteſt, civiliter obligato, ſuccedat fideiuſſor eius, manebit tantum obligatio principalis, & fideiuſſor ex perſona minoris reſtitutionem in integrum poterit implorare: qui caſus tractatur *à Papin. in d. l. 95. §. 3. verſ è contrario.* qui tamen locus corruptus videtur, vel quia fideiuſſoria obligatio principalis appellatur, vel quia ſenſus lectionis receptæ incongruus eſt: qua de cauſa *Ant. Fab 8. coniect. 4.* integra linea inſerta ita legendum exiſtimat: *difficile eſt dicere, cauſam iuris honorarii, quæ potuit auxilio minori eſſe, retinere fideiuſſoris obligationem, ac non potius ſolam manere minoris obligationem, quæ principalis fuit &c.* Neque iniurium hoc fuerit valde creditori, ſiquidem aliàs beneficium reſtitutionis in integrum etiam prodeſt fideiuſſori, qui pro minore interceſſit ſine contemplatione juris prætorii: quod in ſpecie *d. §. 3.* factum eſſe expreſsè proponit Papin. Quod ſi enim ponas fideiuſſorem acceptum in ſubſidium quod vereretur creditor ne minor beneficio ætatis uteretur, non dubitaverim ſuccurrendum eſſe creditori, & exceptionem confuſę actionis & obligationis, replicatione doli elidendam. Sed dixerit quis parum ita profuturum creditori, conſumi eius obligationem, cum ei aliàs reſtitutio minoris pro quo interceſſit profutura fuiſſet. Reſponderi poteſt vel quod ea ſit ratio juris, ut conſumatur obligatio, neque attendi, an & quale commodum inde ſenſurus ſit fideiuſſor: vel potius quod fideiuſſor qui acceſſit ſine contemplatione juris prætorii, habeat reſtitutionē non ex perſona propria, ſed quod beneficiū minoris & reſtitutio impetrata à minore ipſi quoq; proficiat, non autem ut minore nihil petente, ipſe auxilium prætoris implorare poſſit: ſed in ſpecie *d. l. 95. 3. d. ſolut.* ex perſona minoris cui ſucceſſit, & qui nondum reſtitui petierat, auxilio prætoris fideiuſſor uti poteſt. Poſſit tamen fortaſſis recepta lectio defendi, ſi particula *quæ*, ibi, *quæ principalis fuit*, referatur cum Acc. ad cauſam juris honorarii, ſive obligationē minoris, & eodem ſc. referatur quo eadē particula *quæ* antecedens, hoc modo: difficile eſt dicere, cauſā juris honorarii, quę potuit auxilio eſſe minori, retinere fideiuſſoris obligationē: quę ſc. cauſa juris honorarii principalis fuit &c. Atq; hęc videtur vera illius loci explicatio, & proinde erravit Tr. aut nō ſatis

intelligo verba illius, *ut si principalis saltem fuerit minus efficax rationi personæ*: quoniam his verbis explicare vult, quod ante dixerat non perimi obligationem fideiussoriam, si plenior sit quam principalis: nam & in specie quam modo tractavimus, minus efficax est obligatio minoris, & tamen per eam consumitur obligatio accessoria: nisi fortè Tr. intelligit obligationem quæ propter qualitatem personæ merè est naturalis, veluti si servus contraxerit.

LIT. D.

Præscriptione.] De hoc jam aliquid dictum *supr. th. 3. lit. H in f.* & dicetur *disp. seq. th ult. lit. B.* quoniam dependet hoc ab ea questione, an præscriptione perimatur obligatio principalis, qua sublata & fideiussoriam tolli necesse est. Ideoq; limitatio nō est quam sub hac forma proponit Tr. *si utraq; obligatio eodem tempore fuerit producta: si enim fideiussor ex post facto accesserit, tanquam per agnitionem debiti fit interruptio*, hactenus Tr. Enim verò ubi interruptio fit, non potest præscriptione sublata dici obligatio principalis, siquidem exinde de novo tēpora computanda sunt: cæterum post completam præscriptionem frustra intercedere fideiussorē, ostendimus *d. th. 3. lit. H*

LIT. E.

Sententia definitiva.] Quia per sententiam videtur fieri novatio *arg. l. 3. C. d. usur. rei iud.* novatione autem perimitur obligatio, & fideiussor liberatur: de quo tractatur *disput. seq. th. 5. lit. E.* ubi ostendemus falsum esse, quod per sententiam novatio fiat.

Non tamen. De hoc dictum est supra *th. 3. lit. A in f. & supra h. th. lit. B.* Debebat autem Tr. non loqui adversativè, sed potius illativè: sed & distinguere debebat inter fideiussorem de judicato solvendo, & eum qui initio contractui & obligationi accessit, quem per sententiam latam minimè liberari verum est: quoniam nemo judicium accipiendo conditionem suam facit deteriorem *l. aliam 29. d. novat.* ubi novatio voluntario & necessaria hac inter re in se opponuntur, quarum etiam specierum differentia in similibus terminis, apparet *ex l. 18. d. novat. juncta l. lit. 35. d. usur.* ex quo apparet tanto magis falsum esse quod Tr. sententia definitiva fideiussionē extingui affirmat: neq; enim aut oppositio in exegesi, aut ratio, aut cætera in thesi proposita patiuntur hoc ad fideiussorem de judicato solvendo restringi. Lit. F. proponit alium modum, quo tollatur obligatio, repræsentationem debiti: sed hæc non videtur differre

à solu-

à ſolutione, quam propoſuit lit. A. utique enim ſola oblatione conſtat obligationem non tolli: & ipſe *Tr. diſput ſeq. th.* 1. ſolutionem appellat repræſentationem eius quod debetur.

LIT. G.

Et ſimilibus modis.] Quibus ſc. obligatio principalis tollitur. Ait autem huc referendam eſſe quæſtionem quotidianam, an fideiuſſor liberetur ſi eo inſcio creditor debitori tempus prorogaverit. Tractat hác quæſtionem *Iaſ. in l. lecta. 40. d. reb. cred. col. 6. verſ. circa iſtud, & melius in l. 1. C. d. iud col. 5. verſ. ſed nunc plenius*, ubi dicit ſe nunc aliter concluſurum, quam fecerit *in d. l. lecta*. Et rectiſſimè initio diſtinguendum docet, an terminus ſit adiectus obligationi, vel ut ipſe loquitur, an quæratur de termino finiendæ obligationis: an verò terminus ſit adiectus ſolutioni, vel an quæratur de termino deſtinato tantum ad ſolvendum. Priori caſu veriſſimè ait idem Iaſ. indubitatè concludendum eſſe, quod prorogato termino fideiuſſor liberetur, vel potius quod adventu termini & finito tempore illo ſimulq; finita obligatione, vel ipſo jure vel utique per exceptionem liberetur fideiuſſor: etenim nō prorogatio termini nuda hic intervenit, ſed nova obligatio; in quam non poteſt ſine novo conſenſu fideiuſſor teneri: ideo non per prorogationem, ſed propter finitam obligationem cui acceſſit, fideiuſſor liberatur: veluti ſi conductione facta in quinquennium quis pro conductore interceſſerit, dubitari non debet, ſi poſt quinquennium renovetur conductio, non teneri fideiuſſorem pro mercede ſequētium annorum, (nam utiq; præcedentiū nomine tenebitur) quia hæc nova conductio eſt, pro qua ſine novo conſenſu non poteſt obligari fideiuſſor: & abſurdū ſit exiſtimare, quod prorogatio termini vel potius nova conventio & novus contractus inter debitorē & creditorem etiam producat obligationem priorem fideiuſſoriam: itaque hoc caſu nec ſufficiet quidem ſciente fideiuſſore renovari contractum, niſi expreſsè in priorem obligationem ſe reponat: quæ ſpecies eſt *l. ſi cum Hermes* 7. *C. locati l. item.* 13 §. *qui impleto* 11. *D. eod.* ubi etiam in conductione tacita idem reſpondetur. Poſteriori caſu nō paucorum hanc opinionem refert *Iaſ. d. loc.* exiſtimantium V. C. ſi debitori qui poſt annum ſolvere debuit creditor elapſo tempore terminum ꝓroget ad aliū annum, liberatū eſſe fideiuſſorem hoc argumento, quod liberetur fideiuſſor, quoties fit novatio, ſive ipſo jure ſive ope exceptionis:

proro-

prorogato autem termino ad solvendum destinato, fieri novationem ope exceptionis. Sed rectè Jas. contra Bart. posterius hoc negat, & non liberari fideiussorem his argumentis probat: quod actus agentium non operentur ultra intentionem eorum: quod inducta ad unum effectum non debeant operari diversum: quod prorogatio termini intelligatur facta cum omnibus suis qualitatibus: & vel maximè quod prorogatio termini simplex non potest inducere novationem, adeoq; nec liberare fideiussorem *argum l. 4. C. h. t.* cum præsertim hodie non fiat novatio nisi expresse hoc agatur *l. ult. C. d. novat.* Neq; aliud operatur prorogatio termini, nisi ut tollat moram, propter quam in persona etiam fideiussoris perpetuatur obligatio: & habet ille potius quod sibi gratuletur de prorogatione termini, quæ citra ipsius præiudicium facta est. Plane si diutius aut sæpius debitor terminum proroget, ita ut diutius in obligatione detineatur fideiussor, huic aliud paratum est remedium, ut agat ad exonerationē, tanto iustius, quod facto creditoris solutio differtur, de quo actum *th. praced. lit. C.* Et hanc sententiam etiam probant *Gomez. 2. resol. 13. inf. Andr. Fach. 2. controv. 88. Andr. Geil. 2. obs. 30. inf.* observa, inquit, prorogationem termini liberare fideiussorem, quando tempus adiectum fuit causa limitādæ obligationis, secus si tempus solummodo solutioni sit adiectum: quo casu prorogatio termini non liberat fideiussorem: eaq; in re sibi contrarius videtur *Geil. 1. obs. 91. n. 22.* ubi ait, tempus prorogatum non dici idē tempus quando agitur de præiudicio tertii, & inde si creditor debitori suo tempus solutionis prorogaverit, fideiussorem liberari. Plane quomodocunq; adiectum fuerit tempus, si fideiussor expresse dixerit se post tempus teneri nolle, creditor, qui acquievit, si post illud tempus fideiussorem conveniat, procul dubio exceptione pacti repelletur, ut notatum *supra th. 4. in extremo, adde disp. seq. th. 5. lit. f.*

AD DISPVT. XXIX.

De MODIS TOLLENDARVM OBLIGATIONVM.

Respondente

JOHANNE ADAMO HÜNTINGER, Saræbockenheimensi Westriaco.

THESIS PPRIMA.

LIT. A. & B.

TOllitur, inquit Treut. obligatio, vel ipso jure, vel ope exceptionis. Distinctionis rationes duæ proponuntur lit. B. sed sub diversa consideratione, & forte non satis sibi convenientes: quoniam in prima consideratur quatenus res in judicium deducta est: ait enim Tr. hoc esse tolli ope exceptionis, ut non sufficiat aliquid factum esse, sed etiam requiratur, ut exceptio in judicio sit opposita. In altera consideratur res quatenus est extra judicium: quia ait T. hoc esse tolli per exceptionem, ut actio quidem detur, sed quæ postea exceptione opposita evanescat: dari autem dicimus actionem ex aliqua obligatione non tantum dum intentatur, sed etiam quatenus ut obligatio ad producendam actionem apta consideratur. Et hoc posteriori modo rectius ista distinguuntur, quod

vel obligatio prorsus sublata sit, vel aliquatenus adhuc subsistat, ut formula, sed propter adjungendam exceptionem inefficax futura, à prætore impetrari possit: ideoque cum exceptio illa apud prætorem proponatur, & ab eodem formulæ inseratur, & causa cognoscenda ad judicem pedaneum mittatur, vel etiam juxta hodiernum processum exceptio post litem contestatam reiiciatur, non satis benè dicitur à Tr. quod exceptione opposita actio evanescat. Non malè etiam quis dixerit & distinxerit cum Justin. *tit. Inst. d. except. in pr. &* §. 1. *cum seqq.* eodem sensu: quod vel obligatio sit prorsus nulla, vel aliqua quidem, sed eius qualitatis, ut iniquum sit reum condemnari, æquum autem succurri ei per exceptionem, qua elidatur intentio actoris: quod exemplis exceptionum doli, metus, pacti, jurisiurandi &c. ibidem ostendit Justin. Et hinc ait Treut. si effectum liberationis spectes, idem esse in utroque: sed non idem, si spectes modum quo ad liberationem devenitur, quem videlicet modum intelligit Treut. exceptionis oppositionem: quamvis sane ut paulo ante dictum, statim etiam postquam pactum factum est vel præstitum juramentum, liberatum esse debitorem dici possit: nam aliàs etiam ad instar exceptionum, illi modi quibus ipso jure tollitur obligatio, in judicio sunt allegandi. Sed neque istud admittendum est, quod nihil intersit quoad effectum, inter has duas liberationis species. Etenim 1. in hoc diversitas est, quod juxta ipsum Treut. altero casu nulla actio est, altero adhuc superest. 2. traditum est supra *d. sput. 26. thes. 7. & 8.* quod ipso jure sublata obligatione, allegationes simplices, V.C. solutionis, acceptilationis &c. ante litem contestatam ad effectum impediendi litis ingressum opponantur: sed propriæ dictæ exceptiones post litem contestatam reiiciuntur: cum nec desint qui solutionem etiam post sententiam allegari posse existimant. Cui connexum est 3. quod ipso jure sublata obligatione, prætor aditus simpliciter negabat actionem, & petentem à limine judicii repellebat: sed exceptione propriè dicta opposita quo casu subsistebat adhuc ipso jure obligatio, actionem dabat, cum exceptione. 4. Hanc quoque differentiam ex ratione juris veteris fuisse existimo, quod obligatione ipso jure sublata, conventus poterat simpliciter negare se debere, & formula à prætore data quandocunque & in quibuscunque judiciis, solutionem, novationem aut

acce-

acceptilationem apud judicem pedaneum allegare: exceptiones autem propriè dictæ in stricti juris judiciis, nisi formulæ insertæ, à judice pedaneo attendi non poterant. 5. ipso jure liberatus si per errorem solvisset, semper condictionem habebat, nō autem semper, qui solverat, tutus exceptione, veluti rei judicatæ *l. Iulianus* 60. *d condict. indeb.* Macedoniani, *l qui exceptionem* 40. *D. eod.* Sed & aliàs interest scire hanc distinctionem, ut rectè intelligantur principia juris. Scilicet diversitas hæc nascitur fere à diversitate causarum quæ vel initio constituendæ obligationis intercedunt, vel ei constitutæ superveniunt: unde conditio adiecta quæ actum suspendit, obligationem & actionem nasci impedit, quod non impedit adiecta dies: unde pactum nudum sequutam obligationem prorsus tollere non potest, quam tollit solutio aut novatio.

Illud certum est, quod traditur lit. A. ut obligatio tolli possit, necessum esse, ut jure subsistat, quia privatio præsupponit habitum. Et nimirum non tantum obligatio mera civilis vel mixta ipso jure tollitur, sed etiam naturalis tantum *l. Stichum* 95. §. 4. *d solut.* in quibus terminis non potest habere locum distinctio tradita lit. B. quoniam hic agitur de obligatione in significatu potentiori, in quo definitur à *Iustin. in pr. Inst. d. obl.*

Et cum actio ipso iure.] Ait Treut. lit. A. cum actio, seu potius obligatio, ipso jure sublata est, tum ne quidem per pactum posterius resuscitari posse. Sed nimirum per nullum pactum, sive prius sive posterius restitui sublata obligatio, sed per pactum legitimum nova efficax constitui potest. Neque rectè huc refertur *l.* 27. §. 2 *d. pact.* quæ tractat casum quo obligatio per factum ipso jure non est sublata, & pactum posterius ope replicationis restituit obligationem, de quo actum *supra part.* 1. *disputat.* 6. *thes. ultim.*

Vbi male negat.] Expungenda apud Treut. negatio, & legendum, *ubi male negat omnem liberationem &c.* quoniam statim subiicit Treut. verba hæc, *solutionem & liberationem, esse reciproca*, ita ut omnis solutio sit liberatio & vice versa, quæ etiam sententia est *Gœdd. in l.* 47. *d. Verb. Signif numer.* 4. & ita alibi, solvere curis, solvere vinculis, idem est, quod liberare curis & vinculis. Et hoc tamen ubique procedere non videtur, & utcunque non intelligatur species solutionis, quæ fit per repræsentationem debiti, solvere

aut ſolviſſe cum factum aliquod denotat in hac materia, minus latè patere videtur: ſiquidē ubi V. C. res debita ſine culpa rei periit, vel quis abſolutus eſt, non poteſt dici ſolviſſe: aut verba non ad factum debitoris, ſed ad jus referenda ſunt, quoniam & his modis ſolutio obligationis facta, & debitor ſolutus dicitur: ſed hæc Grammaticis relinquamus.

Quod denique lit. B. proponitur ex ſententia Brechei, debitoris eſſe ſolvere, creditoris liberare: tantum verum eſſe poteſt, verbo ſolutionis in ſpecie accepto, quo ſenſu debitor aliquid præſtat: quamvis non male moneat Gœdd. *d loc* liberationem eſſe potius à jure & lege, quæ ita diſponit, ut præſtito eo quod debetur, ſtatim ſolutio obligationis & liberatio contingat; ideoque ſententiam illam Brechei, ad factum referendam putat Gœdd. quatenus creditor verbis & factis oſtendit debitorem à ſe eſſe liberatum: ſed iſta non ſunt tanti.

LIT. G.

Confuſione.] De hac eiusque ſpeciebus actum *diſp. preced. th. ult. lit. C.* pauca hic addemus, Et ei quod diximus d. lit. C. *ſi creditor* ſuccedat debitori vel vice verſa, confundi obligationē, obiici à quibusdam ſolet *l. cum qui 21. §. ult. d inoffic. teſt.* ſed reſponſio facilis eſt, teſtamento pronunciato inofficioſo, omnia perinde haberi, ac ſi hæreditas adita non fuiſſet, & æquitas ſuadet omnia in priorem ſtatum reponi, ne iniqua conditio inferatur ei, qui bona fide adivit hæreditatem, & tamen non niſi utilis actio in ea ſpecie competit. Non diſſimilis reſponſio eſt *ad l. ultim. § in computatione. 9. Cod. d. iur. delib.* ubi hæredi qui adiit, integra manere dicitur actio. Fit enim hoc propter beneficium inventarij, quo qui utitur, eum plane indamnem vult ſervari Juſtin. ita ut ad hunc effectum non tanquam hæres, ſed tanquam quivis creditor conſideretur: quamvis aliàs ille locus ita accipi poſſit, ut jure ſaltem deductionis, quia naturalis obligatio ſupereſſe videtur, creditor hęres debitum conſequatur. 2. hoc etiam addo, quod notat Hottom. *in l. frater à fratre. 38. d. condict. indeb.* ſpeciale quid hic eſſe in obligatione ſervi, ex qua actio de peculio in dominum datur: quoniam ſi creditor ſervi qui cum eo contraxit, domino ſervi ſuccedat, ipſe nihilominus ab aliis conventus actione de peculio, deducit quod ſibi debetur *l. ſed ſi. 9. §. ſed & l. ſi quis ſervum 29. iuncta l. ſi creditor 37. d. pecul.* & ſi

accu-

accuratius intueamur istud non speciale, sed rationi aliàs convenire videtur, quoniam naturalis obligatio, quæ est inter creditorem servi & ipsum servum, non potest consumi propterea, quod creditor domino servi succedit, cum vigore naturalis obligationis dominus actione de peculio conventus privilegio deductionis utatur: & diversa plane ratio est actionis & obligationis peculiaris, quæ est inter creditorem servi & dominum ex edicto prætoris, & obligationis naturalis quæ est inter creditorem & servum: quod bene ostendit *l. eo tempore* 50. §. 2. *d. pecul.* ubi docet JCtus, actione instituta de peculio contra dominum, obligationem naturalem quam servus sustinet, in judicium & litem non esse translatam.

Tertio diximus *disput. præced. thes. ult. lit.* C. si V.C. fideiussor successerit naturaliter tantum obligato, fideiussoriam obligationem in statu manere, & ita porrò etiam naturalem principalem, quæ non consumitur per accessoriam: cæterum in aliis speciebus procul dubio naturalis quoque obligatio consumetur, veluti si creditor successerit debitori. Et hic tamen scrupulum movet *l. debitor* 59. *in princ. ad SCtum Trebell.* ubi Paulus respõdet, si creditor à debitore qui pignora dederat scriptus hęres, restituerit hęreditatem, confusam quidem aditione obligationem, sed tamen propter pignus naturalem obligationem manere. In procliv i quidem videtur respondere, cum in ea specie creditor coactus ex Pegasiano restituerit hęreditatem, nullo commodo penes se remanente, adeoque ut satis fieret subtilitati juris civilis, hæreditatem adierit, merito superesse debere naturalem obligationem, quæ commento hoc civili non potuerit tolli, cũ re vera hæres sit & pro tali habendus, penes quem omnia omninò defuncti bona deprehenduntur: naturalis autẽ obligatio certo jure sufficit, ut pignus & initio rectè constituatur, & semel rectè constitutũ duret & maneat. Sed Pauli verba aliud quid præ se ferre videntur, & decisionem illam, non in ratione prædicta, sed in eo fundare, quod debitor pignora dederat: ita n. ait Paul. *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Et vix probare possum, quod Cujac. scribit *in l. frater.* 38. *d. condict. indeb. tract.* 8. *ad African.* quod *in d. l.* 59. verbum *obligationis* ad rem tantum & pignus, non ad personam sit referendum: quod alij ibi explicant, quod quoad pignus tantũ non quoad alia maneat obligatio.

aliud pro condemnato de quo non amplius sistendo, sed executione facienda quæritur: ideoq; accipiendus est ille locus de satisdatione de judicato solvendo: neq; enim sub illo titulo *qui satisdare cogantur* de judicio sistendo tantum, sed quod *ex l.7.& 8.* & aliis textibus apparet, de aliis etiam satisdationibus tractatur.

De minima capitis diminutione nihil agit Vult. cujus tamen mentio hic quoque facienda erat. Sunt ejus fere duæ species, arrogatio & emancipatio. Post illam nihilominus obligatus manet qui jam filiusfam. factus est, quippe qui etiam constitutus sub patris potestate contrahens civiliter obligatur *l.39.d.O. & A.* nec ulla hic vel imaginaria intervenit servitus: & omninò pater arrogator nisi defendere velit filium, bona ejus quæ tempore arrogationis fuerunt creditoribus permittere cogitur *§.ultim. Instit. d. acquis. per arrogat.* Per emancipationem fit deductio in imaginariam servitutem *l. 3. d. cap. minut.* & subtilitate juris obligationes tolluntur, quæ res causam præbuit edicto restitutorio, juxta titulum, *quod cum eo qui in al. & tit. d cap minut.* de quo actum supra *p. 1. disput. 11. thes. 6.* & hinc quia subtilitas ea juris civilis est, obligationes quæ ex jure gent. & naturali causa descendunt, in suo statu *manent l. 8. d cap. minut. facit l. id quod 58 §. pro socio.* Hodie tamen sublatis emancipationis solennibus, verius videtur obligationes per emancipationem non perimi, ut ostensum *d. th. 16. inf.* ubi probatum contra Treut. quod emancipatio hodie amplius capitis diminutio non sit: quæ forte causa fuit, propter quam Vultejus non retulit minimam capitis diminutionem inter modos tollendæ obligationis.

Quod de compensatione & transactione *sub lit. H & I.* proponitur, iisque effectus perimendi obligationem ipso jure attribuitur, simpliciter admitti non potest, maximè sumto generalius verbo compensationis: quod ex propriis locis explicandum est.

Videtur autem hic enumeratio Treut. imperfecta & manca esse 1. quia omisit proprium modum tollendi obligationem ex delicto, mortem rei ante litem contestatam, ita enim obligationem perimi nec in hæredes transmitti constat *L. 1. in princ. d. privat delict.* ipse autem Justin. obligationem quæ ex delicto nascitur, aliis speciebus adiunxit *Inst. d. Obl.* Cæterum an & quatenus morte

morte rei criminalis persequutio finiatur traditur *infra disp. t.* 31. Deinde quia omisit modum tollendi obligationem per debiti obsignationem & depositionem, cuius passim in jure nostro mentio est: & hanc inter modos istos liberandi referendam esse, ab effectibus colligitur, siquidem tollit jus pignoris *l. acceptam* 19. *C. d. usur.* parit jus prioritatis, si posterior creditor oblatam priori pecuniam consignaverit & deposuerit *l.* 1. *Cod. qui potior. in pign.* parit fideiussori actionem mandati perinde atque si solvisset *l.* 56. §. 1. *mandati* facit ne amplius contra debitorem sit actio *d. l.* 19. *Cod. d. usur.* omni actione liberat debitorem *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *inf. depositi*, textus generalis *in l. obsignatione.* 9. *C. d. solut.* ubi dicitur obsignatione solenni pecuniæ debitæ contingere liberationem: ex quo *Cyn. Salic. & alii in d. l.* 9. inferunt, quod post obligationem & depositionem factam possit debitor petere ut reddantur sibi cautiones, & instrumentum solutionis fiat. Quibus consequens est, non ope exceptionis tantum, sed ipso jure debitorem liberatum videri: pro qua sententia Accurs. etiam adducit *l. debitor* 7. *D. d. usur* ubi dicitur ex die obsignationis factæ, non haberi rationem usurarum, quæ tamen procul dubio in ea specie in stipulationem deductæ fuerunt. Sed parum ista concludit ratio, quoniam usuræ debentur propter usum præsumtum, quæ præsumtio cessat non per obligationem simplicem, sed per depositionem. Quin retorqueri potest hic textus, quoniam proponit, à debitore pecuniam recipi ad se posse: quod indicio esse videtur, nihil aliud operari depositionem, nisi ut debitor postea conventus defendatur exceptione. Et pro hac posteriori parte adducitur *l. ex prædiis* 11. *Cod. d. usur.* ut videlicet ibi præsupponatur, prædium oppignoratum fuisse sub antichresi, , ut invicem usurarum promissarum fructus perciperet creditor ut *in l. si ea* 17. *C. e. d.* & cum itaque respondeatur, fructus post oblationem perceptos extenuare debitum sortis, colligit inde Accurs. usuras amplius non deberi, & inde amplius infert, non fuisse simplicem oblationem, sed quam simul sequuta fuerit obsignatio & depositio, siquidem usurarum ex conventione debitarum cursus sola oblatione non inhibetur per *d. l.* 19. *Cod. d. usur.* quod si igitur facta depositione extenuatur debitum sortis per fructus, non ipso jure videtur sublata esse obligatio. Et hanc sententiam simpliciter & nudè proponit Treut.

Kkkkkk

infra *hac disputat. thes ult. lit. C.* ubi refert hunc modum sub eos, quibus per exceptionem actio tollitur. Sed tamen altera opinio videtur verior, quod ipso jure tollatur obligatio, quam etiam magis probant *glos. & Salic. in d. l. 9. Cod. d solut. & ibid. Cyn. post alios & in l. 19. Cod. d. usur. num.* 4. expressè firmat. Et quod *ad d. l. 11. C. d. usur.* attinet, videtur inde nimis laboriosa & quodammodo verborum captatoria educi consequentia: cum nec usurarum promissarum, nec omninò usurarum fiat mentio, & paulo durius est, ut ibi obsignationem & depositionem intervenisse fingamus. Et verba, *liberari ipso iure*, non carent homonymia, siquidem ita non potest contingere liberatio, ut non incidant quæstiones facti, vel ut etiam solutio, novatio &c. quibus ipso jure obligatio tollitur, in judicio tamen sunt alleganda: & in specie *d. l. 11.* perceptio fructuũ, quæ fit ex parte creditoris, facit ut de debito adhuc disputari possit, utcunque depositionem intervenisse proponas, sive de actione pignoratitia, sive condictione fructuum postea perceptorum, à debitore instituta quæratur. Possit etiam cum Accurs. fingi casus, quo debitor pecuniam ad se recepit: vel cum eodem quo nullæ usuræ promissæ fuerunt, ut hic subintelligatur verbum *maxime*, quod maximè fructus postea percepti, post oblationem videlicet pecuniæ, extenuent sortem, nec propterea negetur, eam extenuari per ante perceptos fructus: quæ tamen explicatio refragatur ei, quod probavimus *supra disput. 3. thes. 4. lit. B.* quod creditor etiamsi nullæ usuræ promissæ fuerint, nihilominus fructus pignoris sibi traditi tanquam ex tacita conventione, in usuras legitimas imputare, & hactenus retinere possit. Et omninò censeo de huiusmodi tacita antichresi textum *in d. l. 11.* explicandum esse & ita statuendum, quod usurarum cursus quæ ex huiusmodi conventione tacita, eoque strictè accipienda, debentur, per solam oblationem inhibeantur, siquidem post oblationem legitimè factam, cessat æquitas compensationis, quæ tacitam antichresin inducit. In specie autem *l. 19. Cod. d. usur.* usuræ procul dubio expressè promissæ fuerunt neque ibi ulla antichresis contracta proponitur. *Ad l. 7. D. d. usur.* iuncta *d. l. 19. in f.* responderi potest, male inferri ad negandum quod ipso jure fiat liberatio, ex eo, quod debitor ad se pecuniam recipere possit: quoniam effectus ille tribuitur obsignationi & depositioni, quatenus pecunia

depo-

deposita est & manet, qua revocata retro perinde est, atque si nunquam deposita fuisset. Et verior itaque videtur opinio, quod ipso jure hic liberatio contingat: nam & convenire hic omnia videntur, quæ *in princ. h. th.* liberationi omnimodæ propria esse diximus. Porrò de oblatione eiusque effectu in tollendis usuris, liberando à pœna, transferendo periculum & liberandi pignora, tractant prolixè *Dd. & præcipuè Cyn. Bald. & Salic. in d. l. acce tam 19. Cod. & usur.* & est magis propria huius rei sedes *supra disputat. 3. thes. pen. & ultim.*

THESIS III.

Definitur hic solutio in specie, quatenus ipsam actualem debiti repræsentationem significat: cæterum haud scio, an ista sive definitio sive descriptio satis sit accurata: vel quia durè & vix satis latinè dicitur, quod solutio sit rei debitæ satisfactio, vel quia ubi solutio & per eam satisfacto est facta, non quæritur amplius, an res idonea fuerit, an idoneo tempore vel loco præstita: ut fortassis simplicius definiatur solutio, eius quod debetur actualis præstatio. Et Treut. simul respexisse videtur ad solutionis antecedens, videlicet oblationem, quæ definitur, quod sit debiti opportuno loco & tempore facta, & omninò legitima repræsentatio: quoniam aliàs effectum suum non obtinet, ubi creditor rem oblatam recipere non tenetur: sicut ex adverso si jure facta sit, ut est *in l. 11. Cod. d. usur.* aut recipienda res est à creditore, aut si recuset, constituitur in mora, & debitoris si qua intercessit, mora purgatur: cuius rei effectus spectatur in usuris inhibendis quę debentur ex mora juxta tradita supra *disput. 3. th. s. ultim.* in transferendo periculo, & omninò in purgandis omnibus moræ effectibus in futurum, ut notatum *d. d sp 3. th. pen.*

LIT. B.

Totius rei debitæ.] Quæstionem hanc an debitor invito creditori particularem solutionem obtrudere possit, *su ra part. 1. disp. 20. thes. 11.* ad hunc locum reiecimus, ideoque sed paucis, quia difficilis tractationis nō est, excutiemus. Quæstionis effectus in eo est, an debitor jus habeat offerendi partem: quo posito, sequitur necessario, quod creditor nō habeat jus recusandi, aut si recuset, eum constitui in mora, & omnia inde sequi, quæ modo diximus. Sin

autem jus hoc debitori negamus, sequitur, nullum esse effectum illius oblationis, & creditori impunè esse si eiusmodi solutionem recipere recusaverit. Et negativa hæc verior est, quoniam ex natura obligationis jus quæsitum est creditori solidum persequendi, quod jus ei invito adimi & auferri non potest, & ut ait *Hotteman. quæst. illustr.* 22 unius oblgationis unam eandemque indivisam solutionem esse oportet, & solutio particularis incommoda habet sua *l. 3. fam. erc.* quibus affici creditorem fuerit iniquum. Et hinc rescriptum est *in l. 9. Cod. d. solut.* totius debiti obsignatione contingere liberationem: & *in l. Iulianus* 13. §. *offerri* 8. *d. act. emt.* responsum, oblata parte tantum pretii non esse actionem ex emto: quamvis ad illum locum responderi possit, hoc ideo fieri, quoniam ut est *in d.* § 8. venditor donec pretium solvatur, rem pignoris loco tenet, cuius causa est individua. Sed textus expressus est *in l. tutor.* 41. §. *Lucius. d. usur.* ubi quantumvis parte debiti obsignata & deposita, nec usurarum cursus pro parte tollitur, nisi hoc expresse actum sit, ut liceat debitori particularem offerre solutionem: facit & textus *in l. cum hæres* 4 §. *item si. 6. d. statu liber.* ubi creditor dicitur cogi partem accipere favore libertatis. Nihil autem aut parum hanc sententiam juvant textus cumulati à Gœdd. *in l. 32. d. Verb. Signif. numer. 9. ex l. illud. 7.* §. 2. *d. tributor. act. l. an ipsi* 52 *d. fideiuss. l* 3 §. 5 *commodati* (ubi agitur de liberatione à tota obligatione) *l.* 9 §. 3. *ad exhibendum l.* 3. *&* 4. *commun. divid. l.* 14. *d. Verb. Signif.* Parum etiam facit *l. his consequens* 18 §. *Celsus* 4. *fam. ercisc und.* quoniam hæc quæstio pertinet ad obligationem dividuam, ubi autem individua obligatio est, certum est partem solvi non posse, cuiusmodi est obligatio pignoris, & promissio sortis sub pœna *l.* 5 §. *ultim. d. Verb. Oblig.* eoque partis oblatione non potest liberari pignus, nec effici, quo minus pœna in solidum committatur: de eiusmodi autem casu tractatur *in d.* §. 4. ubi partis solutione res liberari non potest, velut hoc explicatur *in l. hæredes* 25. §. *idem iuris* 13. *famil. ercíscund.* Ex quo etiam removeri potest aliud fundamentum Gœdd. *ex l. stipulat.* 14. *l. si insulam.* 84. *d. Verbor. Obligat.* quia factorum obligatio individua est. Et hactenus rectè respondet Alciat. à Treut. dissentiens *in l. quidem* 21. *d. d. reb. cred sub fin.* sed male meo judicio accommodat hanc responsionem *ad l.* 41. §. 1. *d. usur.* Falsum enim est quod ait, eandem

dem esse rationem usurarum & adiectæ pœnæ, & quod utrobique obligatio sortis sit individua: siquidem pœnæ præstatio confertur in eventum sortis vel eius quod promissum est, non præstiti, & per modum quendam novandi perimit obligationem principalem: quod secus est in usuris, quæ unâ cum sorte & pro eius usu debentur, nec minus earum quam sortis obligatio dividua est: adeoque falsum quod idem Alciat. scribit, usuras deberi sub conditione, si sors non fierit soluta. Neque ideò *in d. l.* 41. JCtus quærit de usuris, quasi eo tantum casu pars solvi non possit, sed quia, ut initio dictum, utilitas huius quæstionis in eo est, an cursus usurarum & quatenus inhibeatur, aut translatio periculi præstatione partis fiat. Sed valde multa ex adverso afferuntur, propter quæ Alciat. censet hoc pro regula constituendum, quod in casu obligationis dividuæ partis solutio etiam invito creditore habeat locum, & creditor partem recipere recusans in mora constituatur: & 1. ducitur argumentum à compensatione, quæ pro parte tollit obligationem *l. etiam f. Cod. d. compensat. l. eius* 7. *Cod. d. solut.* 2. textus *in l. ultim. D. qu b. mod. pign. solv.* ex qua videtur creditor cogi partem accipere salvo pignoris jure. 3. textus *in §. primo, inf. Institut. quib. mod. tollit oblig.* ubi dicitur pro parte solvi posse: quod de creditore etiam non consentiente accipiendum esse, probare conatur Alciat. *ex l 2 §. 1. d. Verbor. oblig.* ubi opponuntur duæ hæ obligationum species, si quis pecuniam debeat, & si quis hominem debeat, ita ut illa diuidua, hæc individua dicatur, & in hac negetur liberatio contingere pro parte, si pars hominis solvatur: quod non dubitat Alciat. accipiendum de casu, quo invito creditori pars hominis soluta fuit, adeoque consequi omninò putat, quod illo casu obligationis dividuæ, patris solutio invito creditore facta, pro parte inducat liberationem, ut duarum illarum specierum constet oppositio. 4. obiicitur *l. 8. si pars hæreditatis petatur* quod possessor hæreditatis possit partem defendere, partem autem cedere. 5. *l. penult. Cod. d. fund. patrimon.* ex qua permittitur emphyteutæ tribus pensionibus solvere annuum canonem. 6. si licet creditori ab invito debitore petere partem, ergo etiam licebit debitori offerre partem invito creditori. 7. quia ex persona hæredum non potest mutari obligatio *l. 2. §. 2. d. V. O.* & cum igitur constet plures hæredes invito debitori partes solvere posse,

fatendum erit ipsum debitorem idem facere potuisse. 8. adducitur *l.5.§.1.d.solut.* ubi dicitur debitorem ita posse solvere ut unum ex fideiussoribus liberet, solutio autem totius, procul dubio liberaret omnes fideiussores. 9. *l si servus.9.§.1.si quis cautionibus*, ubi qui plures se stiturum promisit, sistendo unum pro parte liberatur. 10. Videtur aliquid facere *c. Odoardus d. solut.* & denique 11. vel præcipuè urgetur *l. quidam 21.d.reb.cred.*

Verum ad ista omnia in proclivi est respondere: & ad 1. de compensatione, quod ea effectum suum habeat à lege, quæ eam pro solutione habet: omnis autem solutio utique aliter præsumi non potest nisi quod volente debitore facta sit: & cum compensatio etiam usuras pro parte perimat *d.l.7. Cod. d. solut.* prorsus necessarium est, haberi eam pro solutione quæ volenti creditori facta sit, aut falsum prorsus erit & ineptum, quod Alciat. respondet *ad l. 41.d. usur.* usuras deberi tanquam pœnam, & facere ut ipsa obligatio principalis pro individua habeatur. Ad 2. certissima responsio est quam Cyn. proponit *in l. 19. Cod.d.usur.* sententiam quam defendimus veram esse in debito ex una causa, diversæ autem causæ diversa debita, & diversas faciunt sortes, *ut non possit* dibitor videri partem solvere, qui cum ex pluribus causis deberet ex una solidum offert: quæ est sententia *d.l. ultim. quib. mod. pign. solvit.* in obiectione tertia perspicuè errat Alciat. dum existimat, quod responsum est *in l. 2. §.1 d. V. O.* hominis parte soluta, liberationem pro parte non nasci, ad illum necessario casum referri oportere, quo invito creditori pars soluta fuit: quoniam imò eo casu etiam obtinet quo creditori volenti, modò non exprisè in mutationem obligationis consenserit, pars soluta fuit, ex hac ratione quæ supra explicata fuit *disput.27.thes.4.* ne in diversis hominibus solutionem accipere cogatur creditor, quod fieret, si solutione, partis, pro parte liberatio contingeret: & creditor simpliciter volens etiam & ultro partem hominis accipiens non censetur immutare voluisse conditionem obligationis, sed in eventum & hactenus probasse & admisisse solutionem partis, si altera quoque pars in eodem homine solvatur. Et si quis penitius intueatur, subineptum videtur fingere aut ponere invito creditori factam solutionem, ubi solutio partis nihil operari potest. Ita verissima est vulgata responsio ad §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. oblig.* quod intelli-

gendus

gendus sit de creditore volente, & quod hoc modo discernatur obligatio dividua ab individua, quæ partis præstationem non admittit. Nihil autem ad rem pertinet *l. 8. si pars hæreditatis petatur:* quoniam pars illa, quam possessor sibi defendere vult, totum est debitum, cum ex parte tantum se hæredem prætendat: & referenda huc sunt quæ ad obiectionem ultimam dicemus. Obiectio 5. *ex l. pen. Cod. d. fund. patrim*, retorqueri potest: quoniam citra specialem illam constitutionem jus commune in contrarium fuisset, & contra emphyteutas, quibus Imp. in præiudicium suum permisit divisis pensionibus solvere, quod hominibus tenuioris fortunæ, quales non raro sunt emphyteutæ, commodius est. In obiectione 6. inepta omnino consequentia est à creditore, cui permissum est jus actionem dividendi, ad concludendum, quod debitor habeat jus partem offerendi: illud debitori commodum est, hoc creditori incommodum: & amplius in hoc est vitium argumenti, quod ita licet creditori partem petere, ut tamen debitor vel invitissimo creditori possit solvere totum, utcunque hic partem pro tempore habere malit: eodem modo licebit quidem de facto debitori offerre partem, ut tamen salvum maneat ius creditori recusandi & petendi, ut totum sibi solvatur. Ad 7. respondetur mutatam hic obligationem vel conditionem eius à l. 12. tabb. quæ obligationes in personis singulorum hæredum dividit. In *l. 5. §. 1. d. sol.* quæ octavo loco adducitur, haud dubiè præsupponendum est, volente creditore unũ ex fideiussoribus liberatum fuisse. Inepta est nona obiectio *ex l. 9. si quis cautionibus*, in cuius specie summo jure in solidũ cõmmissa est stipulatio, sed exceptione defenditur reus, ne ultra teneatur quam interest actoris, quæ regularis illius promissionis de iudicio sistendo est natura. Nec minus inepta est decima obiectio *ex cap. Odoard. d. solut.* in quo tractatur de eo qui non est solvendo. Ad ultimum *ex l. 21. d. reb. cred.* respondent vulgo Dd. ibi debitum totum non liquidum, & partem à reo negatam fuisse: ad hunc enim casum pertinet quod JCtus ait, prætoris esse officium ut minuat lites, & videlicet actorem in ea specie cogat accipere quod offertur, nec super toto litigare reum constringat: vix enim est, ut hic conveniat explicatio *Hotom. d. quæst.* 21. ubi diminuere lites, interpretatur, disceptare lites: & eadem sententia est *l. 8. si pars hæreditatis petatur* quæ est ex

eod.

eod. libro Juliani, ex quo *d.l.* 21. nec longe hinc abit alia responsio, quod hic quæratur de facultate solvendi extra judicium, non autem de officio prætoris, qui aliquando summum jus æquitate & jurisdictione sua temperare potest. Explodenda est sententia Antonii Fabr. *in l.* 27. §. 5. *d. pact* ubi more suo *d.l.* 21. à Tribon. corruptam statuit.

Lit. C.

Rei debitæ.] Additur in exegesi, *vel eius quæ debetur ex natura obligationis vel alterius consentiente creditore*: quod *Vult.* 1. *iurisprud.* 53. *num.* 70. rectius expressisse videtur, dum ait solutionem faciendam vel in re debita vel in locum eius subrogata: etenim aliquando citra consensum creditoris in locum rei promissæ, à lege per novationem quandam tacitam fit subrogatio, veluti eius quod interest in locum facti: qua de re, an & quatenus in locum principalis succedat interesse, actum est *supra disput.* 27 *thes.* 1. *lit.* L *& supra part.* 1. *disput.* 28 *thes.* 2. *lit* C. Extra hoc autem, maximè extra judicium, aliud obtrudi creditori non potest: quod ampliat Tr. u. nec pretium rei rectè offeratur: siquidem in species cadit affectio, easque habere maluisse intelligitur creditor. *Hoc tamen* dupliciter limitat Treut. & initio nisi favorabiliter aliud receptum sit: ad quod adducitur 1. *l. si domus* 71. §. 3. *d. legat.* 1. in quo est duplex casus, alter si res debita non sit in potestate debitoris, nec æquabili pretio à domino obtineri possit, veluti si res aliena legata sit: alter, si res quidem sit in potestate debitoris, sed iniquum sit eum cogi ad illius præstationem, veluti si servus proprius institutus fuerit hæres, & parentes vel liberi ipsius naturales fuerint legati. 2. adducitur *l.* 35. §. *sin autem* 3. *Cod. d. donat.* ubi non est favor causæ, sed res non est in potestate debitoris, imò species certa non est in obligatione, videlicet si quis donaverit decem servos, & vel nullos vel non tot habeat, pro singulis quindecim præstat solidos. 3. adducitur 11. *Cod. communia utriusque iudic.* ubi speciali favore jubetur, ut plures servi vel coloni inter se coniuncti, relinquantur penes unum possessorem fundorum, qui adeò tenebitur alteri, quod plus accipit, pecunia data compensare: quod etiam regulariter in judiciis divisoriis obtinet, exposcente hoc necessitate, juxta § *si familiæ.* 4. *cum seqq. Inst. d. offic. iudic.* Quæ scil. altera limitatio est Tr. si res debita solvi nequeat: sub quam etiam referri potest casus

pri

prior *l. 71. d. legat.* 1. quoniam quod æqua conditione impetrare non possum, perinde habetur atq; si plane consequi non possim: alia huius limitationis species est *in Nov.* 120. ex qua est *auth. hoc nisi C. d. solut.*

Quid si pecunia numerata.] Hæc controversia fere tantum in mutuo locum habet, neque exceptio à regula est: quoniam ex hypothesi Treut. quod æstimatio tantum debeatur, utcunque alia specie monetæ soluta, non aliud, sed idem solvi intelligetur. Sed ista hypothesis minimè simpliciter admittenda est, sed omninò juxta notata *supra part.* 1. *disput.* 20. *thes.* 12. in mutuo etiam & præcipuè materiæ ratio habenda est, quoniam hæc in omnibus bene constitutis rebuspubl. valoris & æstimationis est fundamentum: cæteroquin præter alia & hoc quod est contra omnes, sequeretur, mutata bonitate intrinseca, licere debitori pro nummis argenti & auri probi, reddere nummos argenti & auri magis corrupti, modo sint eiusdem valoris & æstimationis. Ex quo licet dubitare, an verum sit, quod Treut. statim in sequenti quæstione defendit, mutata bonitate extrinseca, spectandum esse, ubi sors restituenda est, quis fuerit valor, & quæ æstimatio tempore contractus. Quæri scilicet hoc intelligitur, an ubi de restitutione quæritur, sint consideranda corpora & eorum numerus, an potius simplex æstimatio quam habent V. C. taleri, resoluti, ut ita dicam in grossos albos vel baciones; ita ut si in specie non solvantur taleri, tot grossos vel solidos solvere oporteat pro singulis taleris, quanti sunt iam tempore solutionis, an quanti tempore contractus: aut si taleri solvantur, accipiendi illi sint juxta eum valorem qui tempore contractus, an qui tempore solutionis erat. Solent ante omnia distinctione hac uti Dd. an genus, an verò species sint in obligatione: quæ distinctio licet inepta videri possit, quoniam de natura mutui esse perhibetur, ut in illud veniat genus non species, rectè tamen explicata, vera est: & scilicet genus dicimus esse in obligatione, ubi simpliciter quantitas in mutuum venit, quæ subiectum corpus certum non habet, veluti florenus æstimatus quindecim báciis, & apud Saxon. marca, æstimata sedecim solidis. Species autem in obligatione esse dicitur, quæ oculis designari potest, veluti talerus imperialis, Philippæus, aureus Rhenauus &c. Et hic quoque respectivè & verè in obligatione esse dicitur

prorogato autem termino ad ſoluendum deſtinato, fieri novationem ope exceptionis. Sed rectè Jaſ. contra Bart. poſterius hoc negat, & non liberari fideiuſſorem his argumētis probat: quod actus agentium non operentur ultra intentionem eorum: quod inducta ad unum effectum non debeant operari diverſum: quod prorogatio termini intelligatur facta cum omnibus ſuis qualitatibus: & vel maximè quod prorogatio termini ſimplex non poteſt inducere novationem, adeoq; nec liberare fideiuſſorem *argum l. 4. C. h. t.* cum præſertim hodie non fiat novatio niſi expreſsè hoc agatur *l. ult. C. d. novat.* Neq; aliud operatur prorogatio termini, niſi ut tollat moram, propter quam in perſona etiam fideiuſſoris perpetuatur obligatio: & habet ille potius quod ſibi gratuletur de prorogatione termini, quæ citra ipſius præiudicium facta eſt. Plane ſi diutius aut ſæpius debitor terminum proroget, ita ut diutius in obligatione detineatur fideiuſſor, huic aliud paratum eſt remedium, ut agat ad exonerationē, tanto iuſtius, quod facto creditoris ſolutio differtur, de quo actum *th. præced. lit. C.* Et hanc ſententiam etiam probant *Gomez. 2. reſol. 13. inf. Andr. Fach. 2. controv. 88. Andr. Gail. 2. obſ. 30. inf.* obſerva, inquit, prorogationem termini liberare fideiuſſorem, quando tempus adiectum fuit cauſa limitādæ obligationis, ſecus ſi tempus ſolummodo ſolutioni ſit adiectum: quo caſu prorogatio termini non liberat fideiuſſorem: eaq; in re ſibi contrarius videtur *Gail. 1. obſ. 91. n. 22.* ubi ait, tempus prorogatum non dici idē tempus quando agitur de præiudicio tertii, & inde ſi creditor debitori ſuo tempus ſolutionis prorogaverit, fideiuſſorem liberari. Plane quomodocunq; adiectum fuerit tempus, ſi fideiuſſor expreſsè dixerit ſe poſt tempus teneri nolle, creditor, qui acquievit, ſi poſt illud tempus fideiuſſorem conveniat, procul dubio exceptione pacti repelletur, ut notatum *ſupra th. 4. in extremo, addo diſp. ſeq. th. 5. lit. f.*

AD DISPVT. XXIX.

De MODIS TOLLENDARVM OBLIGATIONVM.

Respondente

JOHANNE ADAMO HÜNTINGER, Saræbockenheimensi Westriaco.

THESIS PPRIMA.

Lit. A. & B.

TOllitur, inquit Treut. obligatio, vel ipso jure, vel ope exceptionis. Distinctionis rationes duæ proponuntur lit. B. sed sub diversa consideratione, & forte non satis sibi convenientes: quoniam in prima consideratur quatenus res in judicium deducta est: ait enim Tr. hoc esse tolli ope exceptionis, ut non sufficiat aliquid factum esse, sed etiam requiratur, ut exceptio in judicio sit opposita. In altera consideratur res quatenus est extra judicium: quia ait T. hoc esse tolli per exceptionem, ut actio quidem detur, sed quæ postea exceptione opposita evanescat: dari autem dicimus actionem ex aliqua obligatione non tantum dum intentatur, sed etiam quatenus ut obligatio ad producendam actionem apta consideratur. Et hoc posteriori modo rectius ista distinguuntur, quod

vel obligatio prorsus sublata sit, vel aliquatenus adhuc subsistat, ut formula, sed propter adjungendam exceptionem inefficax futura, à prætore impetrari possit: ideoque cum exceptio illa apud prætorem proponatur, & ab eodem formulæ inseratur, & causa cognoscenda ad judicem pedaneum mittatur, vel etiam juxta hodiernum processum exceptio post litem contestatam reiiciatur, non satis benè dicitur à Tr. quod exceptione opposita actio evanescat. Non malè etiam quis dixerit & distinxerit cum Justin. *tit. Inst. d. except. in pr. &* §. 1. *cum seqq.* eodem sensu: quod vel obligatio sit prorsus nulla, vel aliqua quidem, sed eius qualitatis, ut iniquum sit reum condemnari, æquum autem succurri ei per exceptionem, qua elidatur intentio actoris: quod exemplis exceptionum doli, metus, pacti, jurisiurandi &c. ibidem ostendit Justin. Et hinc ait Treut. si effectum liberationis spectes, idem esse in utroque: sed non idem, si spectes modum quo ad liberationem devenitur, quem videlicet modum intelligit Treut. exceptionis oppositionem: quamvis sane ut paulo ante dictum, statim etiam postquam pactum factum est vel præstitum juramentum, liberatum esse debitorem dici possit: nam aliàs etiam ad instar exceptionum, illi modi quibus ipso jure tollitur obligatio, in judicio sunt allegandi. Sed neque istud admittendum est, quod nihil intersit quoad effectum, inter has duas liberationis species. Etenim 1. in hoc diversitas est, quod juxta ipsum Treut. altero casu nulla actio est, altero adhuc superest. 2. traditum est supra *d. disput. 26. thes. 7. & 8.* quod ipso jure sublata obligatione, allegationes simplices, V.C. solutionis, acceptilationis &c. ante litem contestatam ad effectum impediendi litis ingressum opponantur: sed propriæ dictæ exceptiones post litem contestatam reiiciuntur: cum nec desint qui solutionem etiam post sententiam allegari posse existimant. Cui connexum est 3. quod ipso jure sublata obligatione, prætor aditus simpliciter negabat actionem, & petentem à limine judicii repellebat: sed exceptione propriè dicta opposita quo casu subsistebat adhuc ipso jure obligatio, actionem dabat, cum exceptione. 4. Hanc quoque differentiam ex ratione juris veteris fuisse existimo, quod obligatione ipso jure sublata, conventus poterat simpliciter negare se debere, & formula à prætore data quandocunque & in quibuscunque judiciis, solutionem, novationem aut

acce-

acceptilationem apud judicem pedaneum allegare: exceptiones autem propriè dictæ in stricti juris judiciis, nisi formulæ insertæ, à judice pedaneo attendi non poterant. 5. ipso jure liberatus si per errorem solvisset, semper condictionem habebat, nõ autem semper, qui solverat, tutus exceptione, veluti rei judicatæ *l. Iulianus 60. d condict. indeb.* Macedoniani, *l qui exceptionem 40. D. eod.* Sed & aliàs interest scire hanc distinctionem, ut rectè intelligantur principia juris. Scilicet diversitas hæc nascitur fere à diversitate causarum quæ vel initio constituendæ obligationis intercedunt, vel ei constitutæ superveniunt: unde conditio adiecta quæ actum suspendit, obligationem & actionem nasci impedit, quod non impedit adiecta dies: unde pactum nudum sequutam obligationem prorsus tollere non potest, quam tollit solutio aut novatio.

Illud certum est, quod traditur lit. A. ut obligatio tolli possit, necessum esse, ut jure subsistat, quia privatio præsupponit habitum. Et nimirum non tantum obligatio mera civilis vel mixta ipso jure tollitur, sed etiam naturalis tantum *l. Stichum 95. §. 4. d solut.* in quibus terminis non potest habere locum distinctio tradita lit. B. quoniam hic agitur de obligatione in significatu potentiori, in quo definitur à *iustin. in pr. Inst. d. obl.*

Et cum actio ipso iure.] Ait Treut. lit. A. cum actio, seu potius obligatio, ipso jure sublata est, tum ne quidem per pactum posterius resuscitari posse. Sed nimirum per nullum pactum, sive prius sive posterius restitui sublata obligatio, sed per pactum legitimum nova efficax constitui potest. Neque rectè huc refertur *l. 27. §. 2 d. pact.* quæ tractat casum quo obligatio per factum ipso jure non est sublata, & pactum posterius ope replicationis restituit obligationem, de quo actum *supra part. 1. disputat. 6. thes. ultim.*

Vbi male negat.] Expungenda apud Treut. negatio, & legendum, *ubi male negat omnem liberationem &c.* quoniam statim subiicit Treut. verba hæc, *solutionem & liberationem, esse reciproca*, ita ut omnis solutio sit liberatio & vice versa, quæ etiam sententia est *Gœdd. in l. 47. d. Verb. Signif numer.* 4. & ita alibi, solvere curis, solvere vinculis, idem est, quod liberare curis & vinculis. Et hoc tamen ubique procedere non videtur, & utcunque non intelligatur species solutionis, quæ fit per repræsentationem debiti, solvere

aut ſolviſſe cum factum aliquod denotat in hac materia, minus latè patere videtur: ſiquidē ubi V. C. res debita ſine culpa rei periit, vel quis abſolutus eſt, non poteſt dici ſolviſſe: aut verba non ad factum debitoris, ſed ad jus referenda ſunt, quoniam & his modis ſolutio obligationis facta, & debitor ſolutus dicitur: ſed hæc Grammaticis relinquamus.

Quod denique lit. B. proponitur ex ſententia Brechei, debitoris eſſe ſolvere, creditoris liberare: tantum verum eſſe poteſt, verbo ſolutionis in ſpecie accepto, quo ſenſu debitor aliquid præſtat: quamvis non male moneat Gœdd. *d loc* liberationem eſſe potius à jure & lege, quæ ita diſponit, ut præſtito eo quod debetur, ſtatim ſolutio obligationis & liberatio contingat; ideoque ſententiam illam Brechei, ad factum referendam putat Gœdd. quatenus creditor verbis & factis oſtendit debitorem à ſe eſſe liberatum: ſed iſta non ſunt tanti.

LIT. G.

Confuſione.] De hac eiusque ſpeciebus actum *diſp. præced. th. ult. lit. C.* pauca hic addemus, Et ei quod diximus d. lit. C. ſi creditor ſuccedat debitori vel vice verſa, confundi obligationē, *obiici* à quibusdam ſolet *l. cum qui 21. §. ult. d inoffic. teſt.* ſed reſponſio facilis eſt, teſtamento pronunciato inofficioſo, omnia perinde haberi, ac ſi hæreditas adita non fuiſſet, & æquitas ſuadet omnia in priorem ſtatum reponi, ne iniqua conditio inferatur ei, qui bona fide adivit hæreditatem, & tamen non niſi utilis actio in ea ſpecie competit. Non diſſimilis reſponſio eſt *ad l. ultim. §. in computatione. 9. Cod. d. iur. delib.* ubi hæredi qui adiit, integra manere dicitur actio. Fit enim hoc propter beneficium inventarij, quo qui utitur, eum plane indamnem vult ſervari Juſtin. ita ut ad hunc effectum non tanquam hæres, ſed tanquam quivis creditor conſideretur: quamvis aliàs ille locus ita accipi poſſit, ut jure ſaltem deductionis, quia naturalis obligatio ſupereſſe videtur, creditor hęres debitum conſequatur. 2. hoc etiam addo, quod notat Hottom. *in l. frater à fratre. 38. d. condict. indeb.* ſpeciale quid hic eſſe in obligatione ſervi, ex qua actio de peculio in dominum datur: quoniam ſi creditor ſervi qui cum eo contraxit, domino ſervi ſuccedat, ipſe nihilominus ab aliis conventus actione de peculio, deducit quod ſibi debetur *l. ſed ſi. 9. §. ſed & l. ſi quis ſervum 29. iuncta l. ſi creditor 37. d. pecul.* & ſi

accu-

accuratius intueamur istud non speciale, sed rationi aliàs convenire videtur, quoniam naturalis obligatio, quæ est inter creditorem servi & ipsum servum, non potest consumi propterea, quod creditor domino servi succedit, cum vigore naturalis obligationis dominus actione de peculio conventus privilegio deductionis utatur: & diversa plane ratio est actionis & obligationis pecularis, quæ est inter creditorem servi & dominum ex edicto prætoris, & obligationis naturalis quæ est inter creditorem & servum: quod bene ostendit *l. eo tempore* 50. §. 2 *.d. pecul.* ubi docet JCtus, actione instituta de peculio contra dominum, obligationem naturalem quam servus sustinet, in judicium & litem non esse translatam.

Tertio diximus *disput. præced. thes. ult. lit.* C. si V.C. fideiussor successerit naturaliter tantum obligato, fideiussoriam obligationem in statu manere, & ita porrò etiam naturalem principalem, quæ non consumitur per accessoriam: cæterum in aliis speciebus procul dubio naturalis quoque obligatio consumetur, veluti si creditor successerit debitori. Et hic tamen scrupulum movet *l. debitor* 59 *in princ. ad SCtum Trebell.* ubi Paulus respōdet, si creditor à debitore qui pignora dederat scriptus hęres, restituerit hęreditatem, confusam quidem aditione obligationem, sed tamen propter pignus naturalem obligationem manere. In procliv i quidem videtur respondere, cum in ea specie creditor coactus ex Pegasiano restituerit hęreditatem, nullo commodo penes se remanente, adeoque ut satis fieret subtilitati juris civilis, hæreditatem adierit, merito superesse debere naturalem obligationem, quæ commento hoc civili non potuerit tolli, cũ re vera hæres sit & pro tali habendus, penes quem omnia omninò defuncti bona deprehenduntur: naturalis autẽ obligatio certo jure sufficit, ut pignus & initio rectè constituatur, & semel rectè constitutũ duret & maneat. Sed Pauli verba aliud quid præ se ferre videntur, & decisionem illam, non in ratione prædicta, sed in eo fundare, quod debitor pignora dederat: ita n. ait Paul. *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Et vix probare possum, quod Cujac. scribit *in l. frater.* 38. *d. condict. indeb. tract.* 8 *.ad African.* quod *in d.l.* 39. verbum *obligationis* ad rem tantum & pignus, non ad personam sit referendum: quod alij ibi explicant, quod quoad pignus tantũ non quoad alia maneat obligatio.

Refragatur n. huic explicationi, tum quod omniò abit à proprietate verborum, tum quod sublata prorsus obligatione principali in persona debitoris, non potest remanere obligatio pignoris, tum quod Paul. ibid. respondet, si solvatur pecunia creditori ab eo, cui fuit restituta hæreditas, non posse repeti solutum, quod non respondisset Paulus, si obligationem principalem etiam naturalem sublatam existimasset: constat autem hanc etiam solam sufficere, ut repetitio soluti inhibeatur. Fortassis Pauli hæc ratio fuit, quod ubi obligatio naturalis cum civili semel unita & coniuncta est, ut in specie *d. l.* 59. vix à civili separari possit: ut inde effici videatur, quod civilis secum trahat naturalem, & illa sublata hæc simul peremta videatur, & quæ nihilominus sustineatur facilius ubi pignus intervenit: quoniam licet accessoria hæc sit obligatio, nihilominus tamen per se subsistit, & à principali diversa est & separata: & cum adeò per aditionem illam merè civilem difficilius consumi possit, facilius erit: ut propter ipsam obligatio naturalis adhuc superesse credatur. Denique addo, verum non videri quod Cuiac. scribit 15. *observ.* 11. fideiussoria obligationem si succedat fideiussor reo, hodie non consumi: neque ex ratione *qua sola movetur* Cuiac. quod hodie non sit differentia inter actiones utiles & directas, hoc rectè concludi videtur: maximè quod Cuiac. ita disputat, ac si differentia illa jam olim sublata fuisset, cum tamen ita sollicitè & curiosè JCti nostri de illa confusione obligationum tractent. Neque video, quid huc conferat *l.* 8. §. 13. *ad Velleian.* licet idem ibi ex Cuiac. notet *Gothofred. & Treut. p.* 1. *disput.* 25 *th.* 4. *lit.* D. à regula quæ vult fideiussoriam obligationem consumi à principali, excipiat casum *d. l.* 8. *ad Velleian.* Et tamen ibi agitur de muliere quæ expromisit, & ita non simpliciter fideiussit, sed se ipsam pro alio ream constituit. & quæ adeò si succedat veteri debitori, non potest obligatio mulieris tolli per obligationem supervenientem debitoris defuncti, qui antea per expromissionem ipso jure fuit liberatus: idque vel inde apparet, quod restitutoria actio ibi datur.

LIT. K.

Capitis diminutione.] Hac si maxima vel media sit, tolli obligationem tradit citatus *Vult. libr.* 1. *capit.* 59. Maximæ species duæ sunt 1. servitus hominis, si liber vel propter ingratitudinem

vel

vel propter venditionem ſui ipſius in ſervitutum redigatur, in quo nulla obligatio civilis ſubſiſtere poteſt *l. in perſonam 22. d. regul. iur.* naturalis enim dubio procul manebit ſalva *argum. l. 14. d O. & A.* ſalva etiam erit actio de peculio contra novum dominum, quin imò ne injuria inferatur iis qui bona fide antea cum homine re vera libero contraxerunt, bona eius, ſi eum dominus defendere nolit, creditoribus permittenda erunt *argumen. §. ultim. Inſtit. d acquiſ. per arrogat.* 2. Servitus pœnæ, quo caſu etiam in huius ſervi perſona obligationem extingui non ambigitur, facit *l. 1. Cod. d. fideiuſſor.* ſed ſuſcipit eas qui hæredis vicem ſuſtinet, fiſcus, in quantum ſunt ſolvendo *l ſi indebitam 15. Cod. d. fideiuſſor.* & traditur paſſim *ſub tit. d. iur. fiſci*, inque ex hypotheſi quod bona à fiſco vindicantur, hodieque ita erit, licet non amplius condemnatus ſit ſervus pœnæ: jure autem noviſſimo, ſublata confiſcatione, obligationes transferentur in proximos, quibus ſpeciali favore bona conceſſit Juſtin. *Nov 134 inf.* damnatus enim capitis, ut alibi probatum eſt, nec hodie hæredem ex teſtamento vel ab inteſtato habet.

Media capitis diminutio contingit deportatione: & hic quoq; ſive bona à fiſco occupari ſive in proximos cognatos transferri ponas, eadem proportionaliter erit ratio, quæ in damnato capitis: nam & hic in perſona deportati tollitur obligatio *l. 1. Cod. d. fideiuſſor.* ita ut nec fideiuſſor pro eo accipi poſſit *l. ſi debitori. 47. d fid iuſſor. l. 5 Cod. d. bon. præſcript. & l. 4. C. eod.* & obligatio ex ratione juris veteris tranſit in fiſcum *d. l. 5.* ex quo fit ut fideiuſſores antea rectè accepti non liberentur *d. l. 1. C. d. fideiuſſor.* Cui tamen, ut hoc obiter addamus, obſtare videtur *l. 4 in princ. ſi quis caution. in iudic.* ubi negantur teneri fideiuſſores, ſi reus ſe non ſtitit in judicio, quia damnatus erat. Reſp. proprium hoc jus eſſe in obligatione de ſiſtendo, ex qua ſi conveniatur, qui ex juſta cauſa ſiſtere ſe non potuit, defenditur per exceptionem: qui caſus eſt *d. l. 4.* ſiquidem damnatus in judicio comparere non potuit: & licet culpa ſua damnatus fuerit, ſine culpa tamen vadimonium deſeruit, & ſeparata eſt cauſa delicti ab obligatione de judicio ſiſtendo. Sed porro huic ſolutioni obſtare videtur *l. 5. qui ſatisdar. cog.* ubi dicitur, ſi quis pro condemnato fideiuſſerit & condemnatus deceſſerit, vel civitatem Romanam amiſerit, nihilominus rectè cum fidejuſſore eius agi. Reſp. aliud eſſe fideiubere de judicio ſiſtendo,

aliud

aliud pro condemnato de quo non amplius ſiſtendo, ſed executione facienda quæritur: ideoq; accipiendus eſt ille locus de ſatisdatione de judicato ſolvendo:neq; enim ſub illo titulo *qui ſatisdari cogantur* de judicio ſiſtendo tantum,ſed quod *ex l.7.&8.*&aliis textibus apparet,de aliis etiam ſatisdationibus tractatur.

De minima capitis diminutione nihil agit Vult. cujus tamen mentio hic quoque facienda erat.Sunt ejus fere duæ ſpecies, arrogatio & emancipatio. Poſt illam nihilominus obligatus manet qui jam filiusfam. factus eſt, quippe qui etiam conſtitutus ſub patris poteſtate contrahens civiliter obligatur *l.39.d.O. & A.* nec ulla hic vel imaginaria intervenit ſervitus: & omninò pater arrogator niſi defendere velit filium, bona ejus quæ tempore arrogationis fuerunt creditoribus permittere cogitur *§.ultim. Inſtit.d. acquiſ. per arrogat.* Per emancipationem fit deductio in imaginariam ſervitutem *l.3.d.cap. minut.*& ſubtilitate juris obligationes tolluntur,quæ res cauſam præbuit edicto reſtitutorio,juxta titulum,*quod cum eo qui in al. & tit.d cap minut.* de quo actum ſupra *p.1. diſput.11. theſ.6.* & hinc quia ſubtilitas ea juris civilis eſt, obligationes quæ ex jure gent.& naturali cauſa deſcendunt, in ſuo ſtatu manent *l.8. d cap. minut.facit l.id quod 58 §.pro ſocio.*Hodie tamen ſublatis emancipationis ſolennibus, verius videtur obligationes per emancipationem non perimi, ut oſtenſum *d.th.16.inf.* ubi probatum contra Treut.quod emancipatio hodie amplius capitis diminutio non ſit: quæ forte cauſa fuit, propter quam Vultejus *non retulit* minimam capitis diminutionem inter modos tollendæ obligationis.

Quod de compenſatione & tranſactione *ſub lit.H & I.* proponitur, iisque effectus perimendi obligationem ipſo jure attribuitur, ſimpliciter admitti non poteſt, maximè ſumto generalius verbo compenſationis: quod ex propriis locis explicandum eſt.

Videtur autem hic enumeratio Treut. imperfecta & manca eſſe 1. quia omiſit proprium modum tollendi obligationem ex delicto, mortem rei ante litem conteſtatam, ita enim obligationem perimi nec in hæredes transmitti conſtat *l.1.in princ. d.privat delict.* ipſe autem Juſtin. obligationem quæ ex delicto naſcitur,aliis ſpeciebus adiunxit *Inſt. d. Obl.* Cæterum an & quatenus morte

morte rei criminalis perſequutio finiatur traditur *infra diſp. t.* 31. Deinde quia omiſit modum tollendi obligationem per debiti obſignationem & depoſitionem, cuius paſſim in jure noſtro mentio eſt: & hanc inter modos iſtos liberandi referendam eſſe, ab effectibus colligitur, ſiquidem tollit jus pignoris *l. acceptam* 19. *C. d. uſur.* parit jus prioritatis, ſi poſterior creditor oblatam priori pecuniam conſignaverit & depoſuerit *l.* 1. *Cod. qui potior. in pign.* parit fideiuſſori actionem mandati perinde atque ſi ſolviſſet *l.* 56. §. 1. *mandati* facit ne amplius contra debitorem ſit actio *d. l.* 19. *Cod. d. uſur.* omni actione liberat debitorem *l.* 1. §. *ſi pecunia* 36. *inf. depoſiti*, textus generalis *in l. obſignatione.* 9. *C. d. ſolut.* ubi dicitur obſignatione ſolenni pecuniæ debitæ contingere liberationem: ex quo *Cyn. Salic. & alii in d. l.* 9. inferunt, quod poſt obligationem & depoſitionem factam poſſit debitor petere ut reddantur ſibi cautiones, & inſtrumentum ſolutionis fiat. Quibus conſequens eſt, non ope exceptionis tantum, ſed ipſo jure debitorem liberatum videri: pro qua ſententia Accurſ. etiam adducit *l. debitor* 7. *D. d. uſur* ubi dicitur ex die obſignationis factæ, non haberi rationem uſurarum, quæ tamen procul dubio in ea ſpecie in ſtipulationem deductæ fuerunt. Sed parum iſta concludit ratio, quoniam uſuræ debentur propter uſum præſumtum, quæ præſumtio ceſſat non per obligationem ſimplicem, ſed per depoſitionem. Quin retorqueri poteſt hic textus, quoniam proponit, à debitore pecuniam recipi ad ſe poſſe: quod indicio eſſe videtur, nihil aliud operari depoſitionem, niſi ut debitor poſtea conventus defendatur exceptione. Et pro hac poſteriori parte adducitur *l. ex prædiis* 11. *Cod. d. uſur.* ut videlicet ibi præſupponatur, prædium oppignoratum fuiſſe ſub antichreſi, , ut invicem uſurarum promiſſarum fructus perciperet creditor ut *in l. ſi ea* 17. *C. e. d.* & cum itaque reſpondeatur, fructus poſt oblationem perceptos extenuare debitum ſortis, colligit inde Accurſ. uſuras amplius non deberi, & inde amplius infert, non fuiſſe ſimplicem oblationem, ſed quam ſimul ſequuta fuerit obſignatio & depoſitio, ſiquidem uſurarum ex conventione debitarum curſus ſola oblatione non inhibetur *per d. l.* 19. *Cod. d. uſur.* quod ſi igitur facta depoſitione extenuatur debitum ſortis per fructus, non ipſo jure videtur ſublata eſſe obligatio. Et hanc ſententiam ſimpliciter & nudè proponit Treut.

infra *hac disputat. thes ult. lit C.* ubi refert hunc modum sub eos, quibus per exceptionem actio tollitur. Sed tamen altera opinio videtur verior, quod ipso jure tollatur obligatio, quam etiam magis probant *glos. & Salic. in d. l. 9. Cod. d solut. & ibid. Cyn. post alios & in l. 19. Cod. d. usur. num.* 4. expresse firmat. Et quod *ad d. l. 11. C. d. usur.* attinet, videtur inde nimis laboriosa & quodammodo verborum captatoria educi consequentia: cum nec usurarum promissarum, nec omninò usurarum fiat mentio, & paulo durius est, ut ibi obsignationem & depositionem intervenisse fingamus. Et verba, *liberari ipso iure*, non carent homonymia, siquidem ita non potest contingere liberatio, ut non incidant quæstiones facti, velut etiam solutio, novatio &c. quibus ipso jure obligatio tollitur, in judicio tamen sunt alleganda: & in specie *d. l.* 11. perceptio fructuū, quæ fit ex parte creditoris, facit ut de debito adhuc disputari possit, utcunque depositionem intervenisse proponas, sive de actione pignoratitia, sive condictione fructuum postea perceptorum, à debitore instituta quæratur. Possit etiam cum *Accurs.* fingi casus, quo debitor pecuniam ad se recepit: vel cum eodem quo nullæ usuræ promissæ fuerunt, ut hic subintelligatur verbum *maxime*, quod maximè fructus postea percepti, post oblationem videlicet pecuniæ, extenuent sortem, nec propterea negetur, eam extenuari per ante perceptos fructus: quæ tamen explicatio refragatur ei, quod probavimus *supra disput. 3. thes. 4. lit. B* quod creditor etiamsi nullæ usuræ promissæ fuerint, nihilominus fructus pignoris sibi traditi tanquam ex tacita conventione, in usuras legitimas imputare, & hactenus retinere possit. Et omninò censeo de huiusmodi tacita antichresi textum *in d. l.* 11. explicandum esse & ita statuendum, quod usurarum cursus quæ ex huiusmodi conventione tacita, eoque strictè accipienda, debentur, per solam oblationem inhibeantur, siquidem post oblationem legitimè factam, cessat æquitas compensationis, quæ tacitam antichresin inducit. In specie autem *l. 19. Cod. d. usur.* usuræ procul dubio expresse promissæ fuerunt neque ibi ulla antichresis contracta proponitur. *Ad l. 7. D. d. usur.* juncta *d. l. 19. inf.* responderi potest, male inferri ad negandum quod ipso jure fiat liberatio, ex eo, quod debitor ad se pecuniam recipere possit: quoniam effectus ille tribuitur obsignationi & depositioni, quatenus pecunia depo-

deposita est & manet, qua revocata retro perinde est, atque si nunquam deposita fuisset. Et verior itaque videtur opinio, quod ipso jure hic liberatio contingat: nam & convenire hic omnia videntur, quæ *in princ. h. th.* liberationi omnimodæ propria esse diximus. Porrò de oblatione eiusque effectu in tollendis usuris, liberando à pœna, transferendo periculum & liberandi pignora, tractant prolixè *Dd. & precipuè Cyn. Bald. & Salic. in d. l. acce tam 19. Cod. & usur.* & est magis propria huius rei sedes *supra disputat. 3. thes. pen. & ultim.*

THESIS III.

Definitur hic solutio in specie, quatenus ipsam actualem debiti repræsentationem significat: cæterum haud scio, an ista sive definitio sive descriptio satis sit accurata: vel qua durè & vix satis latinè dicitur, quod solutio sit rei debitæ satisfactio, vel quia ubi solutio & per eam satisfacto est facta, non quæritur amplius, an res idonea fuerit, an idoneo tempore vel loco præstita: ut fortassis simplicius definiatur solutio, eius quod debetur actualis præstatio. Et Treut. simul respexisse videtur ad solutionis antecedens, videlicet oblationem, quæ definitur, quod sit debiti opportuno loco & tempore facta, & omninò legitima repræsentatio: quoniam aliàs effectum suum non obtinet, ubi creditor rem oblatam recipere non tenetur: sicut ex adverso si jure facta sit, ut est *in l. 11. Cod. d. usur.* aut recipienda res est à creditore, aut si recuset, constituitur in mora, & debitoris si qua intercessit, mora purgatur: cuius rei effectus spectatur in usuris inhibendis quę debentur ex mora juxta tradita supra *disput. 3. thes. ultim.* in transferendo periculo, & omninò in purgandis omnibus moræ effectibus in futurum, ut notatum *d. d sp 3. th. pen.*

LIT. B.

Totius rei debitæ.] Quæstionem hanc an debitor invito creditori particularem solutionem obtrudere possit, *su ra part. 1. disp. 20. thes. 11.* ad hunc locum reiecimus, ideoque sed paucis, quia difficilis tractationis nō est, excutiemus. Quæstionis effectus in eo est, an debitor jus habeat offerendi partem: quo posito, sequitur necessario, quod creditor nō habeat jus recusandi, aut si recuset, eum constitui in mora, & omnia inde sequi, quæ modo diximus. Sin

autem jus hoc debitori negamus, ſequitur, nullum eſſe effectum illius oblatiouis, & creditori impunè eſſe ſi eiusmodi ſolutionem recipere recuſaverit. Et negativa hæc verior eſt, quoniam ex natura obligationis jus quæſitum eſt creditori ſolidum perſequendi, quod jus ei invito adimi & auferri non poteſt, & ut ait *Hotteman. quæſt. illuſtr.* 22 unius oblgationis unam eandemque indiviſam ſolutionem eſſe oportet, & ſolutio particularis incommoda habet ſua *l.* 3. *fam. erc.* quibus affici creditorem fuerit iniquum. Et hinc reſcriptum eſt *in l.* 9. *Cod. d. ſoiut.* totius debiti obſignatione contingere liberationem: & *in l. Iulianus* 13. §. *offerri* 8. *d. act. emt.* reſponſum, oblata parte tantum pretii non eſſe actionem ex emto: quamvis ad illum locum reſponderi poſſit, hoc ideo fieri, quoniam ut eſt *in d.* § 8. venditor donec pretium ſolvatur, rem pignoris loco tenet, cuius cauſa eſt individua. Sed textus expreſſus eſt *in l. tutor.* 41. §. *Lucius. d. uſur.* ubi quantumvis parte debiti obſignata & depoſita, nec uſurarum curſus pro parte tollitur, niſi hoc expreſsè actum ſit, ut liceat debitori particularem offerre ſolutionem: facit & textus *in l. cum hæres* 4. §. *item ſi.* 6. *d. ſtatu liber.* ubi creditor dicitur cogi partem accipere favore libertatis. Nihil autem aut parum hanc ſententiam juvant textus cumulati à Gœdd. *in l.* 32. *d. Verb. Signif. numer.* 9. *ex l. illud.* 7. §. 2. *d. tributor. act. l. amiſſi* 52. *d. fideiuſſ. l.* 3. §. 5. *commodati* (ubi agitur de liberatione à tota obligatione) *l.* 9. §. 3. *ad exhibendum l.* 3. & 4. *commun. divid. l.* 14. *d. Verb. Signif.* Parum etiam facit *l. his conſequens* 18. §. *Celſus* 4. *famil. erciſcund.* quoniam hæc quæſtio pertinet ad obligationem dividuam, ubi autem individua obligatio eſt, certum eſt partem ſolvi non poſſe, cuiusmodi eſt obligatio pignoris, & promiſſio ſortis ſub pœna *l.* 5. §. *ultim. d. Verb. Oblig.* eoque partis oblatione non poteſt liberari pignus, nec effici, quo minus pœna in ſolidum committatur: de eiusmodi autem caſu tractatur *in d.* §. 4. ubi partis ſolutione res liberari non poteſt, velut hoc explicatur *in l. hæredes* 25. §. *idem iuris* 13. *famil. erciſcund.* Ex quo etiam removeri poteſt aliud fundamentum Gœdd. *ex l. ſi ita* 14. *l. ſi inſulam.* 84. *d. Verbor. Obligat.* quia factorum obligatio individua eſt. Et hactenus rectè reſpondet Alciat. à Treut. diſſentiens *in l. quidem* 21. *d. d. reb. cred ſub fin.* ſed male meo judicio accommodat hanc reſponſionem *ad l.* 41. §. 1. *d. uſur.* Falſum enim eſt quod ait, eandem

dem esse rationem usurarum & adiectæ pœnæ, & quod utrobique obligatio sortis sit individua: siquidem pœnæ præstatio confertur in eventum sortis vel eius quod promissum est, non præstiti, & per modum quendam novandi perimit obligationem principalem: quod secus est in usuris, quæ unâ cum sorte & pro eius usu debentur, nec minus earum quam sortis obligatio dividua est: adeoque falsum quod idem Alciat. scribit, usuras deberi sub conditione, si sors non fierit soluta. Neque ideò *in d. l. 41.* JCtus quærit de usuris, quasi eo tantum casu pars solvi non possit, sed quia, ut initio dictum, utilitas huius quæstionis in eo est, an cursus usurarum & quatenus inhibeatur, aut translatio periculi præstatione partis fiat. Sed valde multa ex adverso afferuntur, propter quæ Alciat. censet hoc pro regula constituendum, quod in casu obligationis dividuæ partis solutio etiam invito creditore habeat locum, & creditor partem recipere recusans in mora constituatur: & 1. ducitur argumentum à compensatione, quæ pro parte tollit obligationem *l. etiam 5. Cod. d. compensat. l. eius 7. Cod. d. solut.* 2. textus *in l. ultim. D. qu b. mod. pign. solv.* ex qua videtur creditor cogi partem accipere salvo pignoris jure. 3. textus *in §. primo, inf. Institut. quib. mod. tollit oblig.* ubi dicitur pro parte solvi posse: quod de creditore etiam non consentiente accipiendum esse, probare conatur Alciat. *ex l 2 §. 1. d. Verbor. oblig.* ubi opponuntur duæ hæ obligationum species, si quis pecuniam debeat, & si quis hominem debeat, ita ut illa diuidua, hæc individua dicatur, & in hac negetur liberatio contingere pro parte, si pars hominis solvatur: quod non dubitat Alciat. accipiendum de casu, quo invito creditori pars hominis soluta fuit, adeoque consequi omninò putat, quod illo casu obligationis dividuæ, patris solutio invito creditore facta, pro parte inducat liberationem, ut duarum illarum specierum constet oppositio. 4. obiicitur *l. 8. si pars hæreditatis petatur* quod possessor hæreditatis possit partem defendere, parte autem cedere. 5. *l. penult. Cod. d. fund. patrimon.* ex qua permittitur emphyteutæ tribus pensionibus solvere annuum canonem. 6. si licet creditori ab invito debitore petere partem, ergo etiam licebit debitori offerre partem invito creditori. 7. quia ex persona hæredum non potest mutari obligatio *l. 2. §. 2. d. V. O.* & cum igitur constet plures hæredes invito debitori partes solvere posse,

fatendum erit ipsum debitorem idem facere potuisse. 8. adducitur *l.5.§.1.d.solut.* ubi dicitur debitorem ita posse solvere ut unum ex fideiussoribus liberet, solutio autem totius, procul dubio liberaret omnes fideiussores. 9. *l si servus.9.§.1.si quis cautionibus*, ubi qui plures se stiturum promisit, sistendo unum pro parte liberatur. 10. Videtur aliquid facere *c. Odoardus d. solut.* & denique 11. vel praecipuè urgetur *l. quidam 21.d. reb. cred.*

Verum ad ista omnia in proclivi est respondere: & ad 1. de compensatione, quod ea effectum suum habeat à lege, quæ eam pro solutione habet: omnis autem solutio utique aliter præsumi non potest nisi quod volente debitore facta sit: & cum compensatio etiam usuras pro parte perimat *d.l.7. Cod. d. solut.* prorsus necessarium est, haberi eam pro solutione quæ volenti creditori facta sit, aut falsum prorsus erit & ineptum, quod Alciat. respondet *ad l. 41.d. usur.* usuras deberi tanquam pœnam, & facere ut ipsa obligatio principalis pro individua habeatur. Ad 2. certissima responsio est quam Cyn. proponit *in l. 19. Cod. d. usur.* sententiam quam defendimus veram esse in debito ex una causa, diversæ autem causæ diversa debita, & diversas faciunt sortes, *ut non possit* dibitor videri partem solvere, qui cum ex pluribus *causis* deberet ex una solidum offert: quæ est sententia *d. l. ultim. quib. mod. pign. solvit.* in obiectione tertia perspicuè errat Alciat. dum existimat, quod responsum est *in l. 2. §. 1 d. V. O.* hominis parte soluta, liberationem pro parte non nasci, ad illum necessario casum referri oportere, quo invito creditori pars soluta fuit: quoniam imò eo casu etiam obtinet quo creditori volenti, modò non exprèsse in mutationem obligationis consen[s]erit, pars soluta fuit, ex hac ratione quæ supra explicata fuit *disput. 27. thes. 4.* ne in diversis hominibus solutionem accipere cogatur creditor, quod fieret, si solutione, partis, pro parte liberatio contingeret: & creditor simpliciter volens etiam & ultro partem hominis accipiens non censetur immutare voluisse conditionem obligationis, sed in eventum & hactenus probasse & admisisse solutionem partis, si altera quoque pars in eodem homine solvatur. Et si quis penitius intueatur, subineptum videtur fingere aut ponere invito creditori factam solutionem, ubi solutio partis nihil operari potest. Ita verissima est vulgata responsio ad *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* quod intelligendas

gendus sit de creditore volente, & quod hoc modo discernatur obligatio dividua ab individua, quæ partis præstationem non admittit. Nihil autem ad rem pertinet *l. 8. si pars hæreditatis petatur:* quoniam pars illa, quam possessor sibi defendere vult, totum est debitum, cum ex parte tantum se hæredem prætendat: & referenda huc sunt quæ ad obiectionem ultimam dicemus. Obiectio 5. *ex l. pen. Cod. d. fund. patrim*, retorqueri potest: quoniam citra specialem illam constitutionem jus commune in contrarium fuisset, & contra emphyteutas, quibus Imp. in præiudicium suum permisit divisis pensionibus solvere, quod hominibus tenuioris fortunæ, quales non raro sunt emphyteutæ, commodius est. In obiectione 6. inepta omnino consequentia est à creditore, cui permissum est jus actionem dividendi, ad concludendum, quod debitor habeat jus partem offerendi: illud debitori commodum est, hoc creditori incommodum: & amplius in hoc est vitium argumenti, quod ita licet creditori partem petere, ut tamen debitor vel invitissimo creditori possit solvere totum, utcunque hic partem pro tempore habere malit: eodem modo licebit quidem de facto debitori offerre partem, ut tamen salvum maneat ius creditori recusandi & petendi, ut totum sibi solvatur. Ad 7. respondetur mutatam hic obligationem vel conditionem eius à l. 12. tabb. quæ obligationes in personis singulorum hæredum dividit. In *l. 5. §. 1. d. sol.* quæ octavo loco adducitur, haud dubiè præsupponendum est, volente creditore unũ ex fideiussoribus liberatum fuisse. Inepta est nona obiectio *ex l. 9. si quis cautionibus*, in cuius specie summo jure in solidũ cõmmissa est stipulatio, sed exceptione defenditur reus, ne ultra teneatur quam interest actoris, quæ regularis illius promissionis de iudicio sistendo est natura. Nec minus inepta est decima obiectio *ex cap. Odoard. d. solut.* in quo tractatur de eo qui non est solvendo. Ad ultimum *ex l. 21. d. reb. cred.* respondent vulgo Dd. ibi debitum totum non liquidum, & partem à reo negatam fuisse: ad hunc enim casum pertinet quod JCtus ait, prætoris esse officium ut minuat lites, & videlicet actorem in ea specie cogat accipere quod offertur, nec super toto litigare reum constringat: vix enim est, ut hic conveniat explicatio *Hotom. d. quæst.* 22. ubi diminuere lites, interpretatur, disceptare lites: & eadem sententia est *l. 8. si pars hæreditatis petatur* quæ est ex
eod.

eod.libro Juliani, ex quo *d.l.* 21. nec longe hinc abit alia responsio, quod hic quæratur de facultate solvendi extra judicium, non autem de officio prætoris, qui aliquando summum jus æquitate & jurisdictione sua temperare potest. Explodenda est sententia Antonii Fabr. *in l.* 27. §. 5 *d. pact* ubi more suo *d.l.* 21. à Tribon. corruptam statuit.

LIT. C.

Rei debita.] Additur in exegesi, *vel eius quæ debetur ex natura obligationis vel alterius consentiente creditore*: quod *Vult.* 1. *iurisprud.* 53. *num.* 70. rectius expressisse videtur, dum ait solutionem faciendam vel in re debita vel in locum eius subrogata: etenim aliquando citra consensum creditoris in locum rei promissæ, à lege per novationem quandam tacitam fit subrogatio, veluti eius quod interest in locum facti: qua de re, an & quatenus in locum principalis succedat interesse, actum est *supra disput.* 27 *thes.* 1. *lit.* L *& supra part.* 1. *disput.* 28 *thes.* 2. *lit* C. Extra hoc autem, maximè extra judicium, aliud obtrudi creditori non potest: quod ampliat Tr. u: nec pretium rei rectè offeratur: siquidem in species cadit affectio, easque habere maluisse intelligitur creditor. *Hoc tamen* dupliciter limitat Treut. & initio nisi favorabiliter aliud receptum sit: ad quod adducitur 1. *l. si domus* 71. §. 3. *d. legat.* 1. in quo est duplex casus, alter si res debita non sit in potestate debitoris, nec æquabili pretio à domino obtineri possit, veluti si res aliena legata sit: alter, si res quidem sit in potestate debitoris, sed iniquum sit eum cogi ad illius præstationem, veluti si servus proprius institutus fuerit hæres, & parentes vel liberi ipsius naturales fuerint legati. 2. adducitur *l.* 35. §. *sin autem* 3. *Cod. d. donat.* ubi non est favor causæ, sed res non est in potestate debitoris, imò species certa non est in obligatione, videlicet si quis donaverit decem servos, & vel nullos vel non tot habeat, pro singulis quindecim præstat solidos. 3. adducitur 11. *Cod. communia utriusque iudic.* ubi speciali favore jubetur, ut plures servi vel coloni inter se coniuncti, relinquantur penes unum possessorem fundorum, qui adeò tenebitur alteri, quod plus accipit, pecunia data compensare: quod etiam regulariter in judiciis divisoriis obtinet, exposcente hoc necessitate, juxta § *si familiæ.* 4. *cum seqq. Inst. d. offi.. iudic.* Quæ scil. altera limitatio est Tr. si res debita solvi nequeat: sub quam etiam referri potest casus

pri

prior *l.71. d. legat.* 1. quoniam quod æqua conditione impetrare non possum, perinde habetur atq; si plane consequi non possim: alia huius limitationis species est *in Nov.120.* ex qua est *auth.hoc nisi C. d.solut.*

Quid si pecunia numerata.] Hæc controversia fere tantum in mutuo locum habet, neque exceptio à regula est: quoniam ex hypothesi Treut. quod æstimatio tantum debeatur, utcunque alia specie monetæ soluta, non aliud, sed idem solvi intelligetur. Sed ista hypothesis minimè simpliciter admittenda est, sed omninò juxta notata *supra part. 1. disput. 20. thes. 12.* in mutuo etiam & præcipuè materiæ ratio habenda est, quoniam hæc in omnibus bene constitutis rebuspubl. valoris & æstimationis est fundamentum: cæteroquin præter alia & hoc quod est contra omnes, sequeretur, mutata bonitate intrinseca, licere debitori pro nummis argenti & auri probi, reddere nummos argenti & auri magis corrupti, modo sint eiusdem valoris & æstimationis. Ex quo licet dubitare, an verum sit, quod Treut. statim in sequenti quæstione defendit, mutata bonitate extrinseca, spectandum esse, ubi sors restituenda est, quis fuerit valor, & quæ æstimatio tempore contractus. Quæri scilicet hoc intelligitur, an ubi de restitutione quæritur, sint consideranda corpora & eorum numerus, an potius simplex æstimatio quam habent V.C. taleri, resoluti, ut ita dicam in grossos albos vel baciones; ita ut si in specie non solvantur taleri, tot grossos vel solidos solvere oporteat pro singulis taleris, quanti sunt iam tempore solutionis, an quanti tempore contractus: aut si taleri solvantur, accipiendi illi sint juxta eum valorem qui tempore contractus, an qui tempore solutionis erat. Solent ante omnia distinctione hac uti Dd. an genus, an verò species sint in obligatione: quæ distinctio licet inepta videri possit, quoniam de natura mutui esse perhibetur, ut in illud veniat genus non species, rectè tamen explicata, vera est: & scilicet genus dicimus esse in obligatione, ubi simpliciter quantitas in mutuum venit, quæ subiectum corpus certum non habet, veluti florenus æstimatus quindecim báciis, & apud Saxon. marca, æstimata sedecim solidis. Species autem in obligatione esse dicitur, quæ oculis designari potest, veluti talerus imperialis, Philippæus, aureus Rhenauus &c. Et hic quoque respectivè & verè in obligatione esse dicitur

genus, quia non ijdem taleri Imperiales, qui mutuo dati sunt, sed alii eiusdem generis vel speciei veniunt restituendi. Et priori casu restituuntur tot marcæ vel floreni, & ita tot baciones vel solidi, quot accepti fuerunt à debitore, cuiuscunque valoris sit moneta maior: hoc autem casu veriùs est, tot numero corpora, quot accepta sunt, restituenda esse, utcunque valor monetæ fuerit auctus: vel quia juxta jam dicta, ipsa quoque materia in mutuo considerandа est, vel quia aliàs inferretur iniqua conditio creditori, qui minus acciperet quam accepit: finge enim centum taleros mutuo datos, quo tempore octodecim bacionibus æstimabantur, eos restituendos tempore, quo æstimantur 24. batzen / siquidem valoris qui tempore contractus fuit, rationem tantum habemus, & ad eum redigimus quæstionem de facienda restitutione, satisfaciet obligationi debitor si 75. taleros exsolvat. Equidem Molin. & alii hoc argumento præcipuè in contrarium movetur, quod iniquum sit debitorem plus restituere quam accepit: censetur autem debitor re vera mutuo accepisse non tam corpora, quam æstimationem nummorum, siquidem nummi mutuo accepti non qua species, sed qua certo valore æstimati, dum expenduntur in commerciis, usum sui præbent: & proinde cum debitor pecuniam mutuo acceptam non in cista vel arca reposuisse, sed usibus & necessitatibus suis exposuisse intelligatur, iniuria videatur inferri debitori si plures V.C. baciones vel grossos, quam quibus ipse monetam exposuit, restituere teneatur, quod utique futurum est si aucto monetæ valore tot numero taleros quot accepit, solvere obstringitur. Verum huic argumento in hunc modum occurri posse videtur 1. quod ex dubio & incerto in utramque partem eventum male in alterutram partem concludetur: & ideo cum in casum valoris decrescentis eosdem taleros dicamus teneri recipere creditorem, & ita ut videtur, damnum pati, merito etiam aucto valore sentire debet lucrum: & si minuto valore talerorum debitor non tenetur restituere plures taleros, etiam aucto valore non debet offerre pauciores, qua ratione utitur Everhard. in loc. à ratione legis conversiva. 2. quod pactis possit alterari natura contractuum, ubi autem corpora mutuo dantur, videtur tacite hoc agi, ut totidem restituantur. 3. quod nulla adiecta æstimatione talerorum, corpora magis quam æstimatio simplex mutuo data

intelli-

intelligi debeat, quoniam ut paulo ante dictum omninò ipsa quoque materia nummorum in considerationem venire debet, velut latissimè confirmat Anton. Fabr. tract. speciali, de variis debitorum solutionibus c. 1. & seqq. quoniam hæc est fundamentum valoris, unde in constitutionibus Imperii præsertim Augustæ anno 59. accuratissimè sancitur, sub quo materiæ pondere singulæ monetæ species confici debeant. Denique verissimè sponderi puto, quod creditor tot corpora recipiens, licet eo tempore auctus videatur valor non plus accipiat neque sentiat lucrum, idque ex hac triplici consideratione. 1. quod sub angustus Imperii nostri finibus, & neque in hoc ipso æquali & universali valoris augmento, iniuria fieret creditori, forte mercatori alibi negotianti, si taleros ad tempus contractus æstimatos accipere cogeretur. 2. quod crescente valore maioris monetæ, per necessariam quandam consequentiam deterior fit bonitas intrinseca minoris monetæ, imò ex huius deterioratione sequitur argumentum monetę maioris: cui rei causam præbent status Imperii, qui lucri causa vel ipsi eiusmodi monetam cudunt, vel aliis cudendam elocant. Itaque si in terminis quæstionis nostræ, æstimatione redacta ad minorem monetam deberet attendi tempus contractus, tales V. C. solidi & grossi, & in ea bonitate extrinseca solvendi essent, quam habuerunt tempore contractus: quoniam qui æstimat taleros, ad solidos vel grossos, re ipsa monetam minorem solvere videtur: & hæc communissima Dd. sententia est, quod mutata bonitate intrinseca spectandum sit tempus contractus. Et apparet ita se rem habere, quod ex hypothesi manentis eiusdem bonitatis intrinsecæ in moneta maiori, & deterioratæ bonitatis intrinsecæ monetæ minoris, talerus Imperialis ead. proportione se habeat ad hodiernos. V. C. grossos 32. qua olim ad 24. quoniam monetarij tot grossos deterioratos ex singulis taleris Imperialibus, quos contra constitutiones Imperii impunè conflant, conficere possunt. Et ergò debitor aut solvat tot corpora quot accepit, aut quod ipsi per difficile futurum est, solvat minorem monetam in ea bonitate intrinseca quæ fuit tempore contractus. Et hinc consequitur tertia consideratio, quod crescente valore maioris monetę & deteriorata bonitate intrinseca minoris, quæ in commerciis quotidianis intervenire solet, crescunt singularum rerum pretia, quæ ad ratio-

nem minoris monetæ constitui solent: adeoque creditor si spectetur tempus contractus re vera minus accipiet quam dedit: quoniam V.C. 24. groff. olim tanti fuerunt in commerciis, quanti hodie etiam 32. nummus autem rerum comparandarum gratia inventus est, & tanti habetur, quantum pro eo parari potest. Hæc si consideramus, efficietur, injuriam fieri creditori, qui genus in obligationem deduxit, & sub simplici appellatione florenorum mutuum dedit, si postea aucto valore & deteriorata minori moneta, cogatur accipere vel nummos illos deteriores, vel maiorem monetam juxta eam æstimationem, in qua sunt tempore solutionis: quoniam hoc tempore floreni deteriores sunt, quam fuerunt tempore contractus: & ex jam dictis ratio suaderet considerandum esse V.C. grossum in ea bonitate, quæ fuit contractus tempore: sed propter insignem variationem monetæ minoris vix hoc ita constitui posse videtur. Has ipsas considerationes si sequimur, deprehendemus, in eiusmodi terminis re vera auctum valorem non videri. Denique efficitur si cessant hæ considerationes, & ex aliis causis modisque valor monetæ augeatur, aliter quoque & quod tempus contractus spectandum sit, potius respondendum esse: ut ita tandem concludere liceat, posita observatione constitutionum Imperii & sublatis abusibus & corruptionibus quæ rem monetariam invaserunt, potiorem fore eorum sententiam, qui tempus contractus inspiciendum esse existimant. Cæterum sententiam istam, quod inspiciendum sit tempus solutionis, defendunt & magis probant hi autores, *Bartol. in l. Paul.* 101. *d. solut. Everhard. in loc. à ratione legis conversiva numero tertio. Schneidw. §. in bone* 30. *Institut. d. Act. numer.* 33. *Boër. decis.* 327. *Zanger. d. except. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 173. *Andr. Knich. d. privil. Saxon. cap.* 5. *num.* 262. *Gabriel.* 3. *conclus.* 2. *Anton. Fabr. in tract. d. var. debit. solut passim. Gail.* 2. *obseruat.* 73. *Thesaur. decis.* 174. *Coth part.* 1. *cons.* 36. *num.* 101. *& cons.* 50. *volum.* 4. *Andreas Kol exercit.* 19. *&* 22. *Fachin.* 2. *controvers.* 9. apud quos in utramque partem quam plurimi cumulantur.

LIT. D & E.

Idonea.] Et ut explicat in exegesi, legitima: adeoque non

opus

opus erat tot verbis & differentiis, quæ sub qualitate ista subintelligi potuissent. Verbum autem satisfactionis jam ante diximus non rectè hic usurpari.

Lit. F.

Creditori.] Ex tribus, re, persona & modo, alterum caput est duplex, cui & à quo rectè solvatur. Et solvendum est creditori, si modo sit sanæ mentis & justæ ætatis. Hoc ampliat Treut. etiamsi creditor sit criminis reus, & quidem criminis postulatus & in reatu constitutus *l. aufertur 46. § in reatu 6. d. iur fisc. l. reo 41. h tit. l.* Excipitur crimen læsæ maiestatis *l. ultim. Cod. ad L. Iul. maiest.* licet enim *l. memini sse & l. post divi Cod d. t tul* præferant inscriptiones JCtorum, tamen ab Accurs. Bald. & aliis agnoscuntur & explicantur. Illa autem de reo criminis qui aufugit, vera exceptio non est: quoniam in omni reo latitante aut qui latitare præsumitur, & evocatus non comparet, ita jus est, ut bona eius annotentur, quod docet textus cit. *in l. ultim. Cod d. requirend. reis. t. t. D. eod.* & cum ita citati bona annotentur, & post annum fisco vindicentur, apparet ultro huiusmodi reo solvi non posse.

Unde furioso.] Infertur inde quod præmiserat solvi iis, qui suæ mentis & justæ ætatis sunt, nam & prodigi rectè sanæ mentis esse negantur. Limitationes duas adducit Treut. 1. si fuerint adiecti solutionis gratia: quæ limitatio hic non satis convenit, quoniam adiecti non sunt creditores, sed quasi instar quorundam procuratorum *§. si quis alii 4. in f. Instirut. d. inutil. stipulat.* de quo agitur *thes. seq. lit. A* 2. Nisi fuerint locupletiores facti, & pecuniam adhuc penes se habeant, siquidem in hac materia dicuntur, qui non sunt facti pauperiores *l. in pupillo 47. §. 1. h. t.* Sed ista quoque vitiosa videtur limitatio: : quoniam dici hic non potest quod ab initio rectè ipsis fuerit solutum, sed quod effectus hic solutionis sit ex accidenti, & nec hic tamen verus & absolutus: quoniam ut ipse Treut. tradit, hic tantum effectus est, ut debitori iterum convento per exceptionem succurratur, cum aliàs vera solutio ipso jure pariat liberationem. Dictum est autem supra *p. 1. disp. 11. th. 11. lit. D.* tres gradus hic distingui à Dd. docendi causa, liberationis plenæ, quæ ex accidenti est, si pecunia adhuc sit V. C. apud pupillum: plenioris, si pupillo autoritate tutoris, vel ipsi tutori fuerit soluta: & plenissimæ, si ac-

ceſſerit autoritas judicis, quo caſu omnis quoque reſtitutio ceſſat, *argum. §. ult im. Inſtit. quibus alienare licet.* Sed non planè ceſſat in caſu intermedio, ſi malè collocata fuerit pecunia: quo tamen caſu ratio dictat ut eatur prius ad tutorem ordinaria actione, & ſi hic non ſit ſolvendo, ad extraordinarium remedium decurratur: quoniam habet creditor quod ſibi imputet, quod non ſolverit juxta conſtitutionem Juſtin. *in d. §. ultim.* Itaque niſi conſtet de eius bona fide vix dixerim hodie admitti poſſe, quod olim veriſſimum erat, debitorem ipſo jure liberari *l. 1. C. ſi adverſ. ſolut. l. Lucius 46. §. 5. d. adminiſtr. tutor.*

Filiusfam. & servis.] Tres proponit caſus quibus his rectè ſolvatur 1. ſi dandis & exigendis pecuniis ſint propoſiti facit *l. 7. §. 1. quib mod. pign. ſolvit. l. ſi actore. 19. Cod. h. tit.* merito enim hic ſtatur voluntati patrum & dominorum, quâ interveniente iniquum eſt decipi eos qui illis ſolverunt: nec aliud erit, ſi tanquam inſtitores aut magiſtri navium præpoſiti fuerint, quoniam habent quod ſibi imputent domini vel parentes *l. 1. §. 4 d. exercit. act. l 7. §. ult. d. inſtit. act.* Alter caſus eſt ſi liberi vel ſervi habeant liberam peculii adminiſtrationem: quamvis *incit l. 21. d. jureiur.* ſimpliciter loquatur de peculii adminiſtratione: & non ſatis expedita eſt diſtinctio inter liberam & non liberam peculii adminiſtrationem, de qua aliquid dictum *ſupr. part. 1. diſput. 27. theſ. 5.* Cum hoc autem ſecundo caſu idem videtur eſſe caſus tertius, ſi quid ex peculio creditum depoſitumve ſit, juxta *l. 35. h. tit.* quia ſervis id permiſſum non videtur citra conceſſam peculii adminiſtrationem: nam extra cauſam peculiarem nihil ſervi facere poſſunt. Videtur & alius caſus addendus in ſervo actore: huic enim ſolvi poteſt *d. l. 7. §. 1. quib. mod. pign. ſolv. & d l. 19. Cod. d. ſolut.* niſi hoc ſub primum caſum ſervi mandatum generale habentis referri quis poſſe exiſtimaverit. Quod autem de filiofam. hic dicitur, ei nihil obſtat, quod hic ex omnibus cauſis rectè obligari dicitur *l. 39 d. O. & A.* ipſe enim nihilominus omnia omninò acquirit patri, & videlicet ex cauſa peculij profectitij in quo etiam tantum procedit eius comparatio cum ſervo: nam in caſtrenſi patrisfam. locum obtinet, in adventitio proprietas quidem eius, ſed uſusfructus & adminiſtratio penes patrem eſt.

LIT.

LIT. G.

Per debitorem.] Sequitur de persona quæ rectè solvit videlicet, debitore, modò, ut ait Treut. rerum suarum habeat administrationem, quoniam aliàs dominium eius trãsferre non posset, quod necessarium esse docet Treut. th. seq. lit. E. Subiicit hic *Treut. etsi utilitatis gratia receptum, ut con. . . a pecunia quam solverunt, liberatio nascatur:* quod ad eos pertinet, qui ætatis aut mentis imperfectione laborant, veluti prodigi, pupilli, qui si solverint, nummi vindicari possunt: quod cum eorum favori datum sit, merito & illud ad vitandas ambages constitutum est, ut pecunia consumta nascatur liberatio. Videlicet si solverint ex causa iusta, ex qua erat exactio: cæterum si ipsi contraxerint & solverint, pecuniæ licet consumtę condictio est *l. 29. d. condict. indeb.* de quo alibi agitur, & dictum aliquid supra *part. 1. disp. 20. th. 6.*

LIT. H.

Iusto loco.] Dupliciter hoc sumi potest: vel de loco aliquo, ut ita dicam, proprio, veluti si quis in theatro aut in balneo pecuniam offerat &c. & procul dubio jure hic creditor pecuniam accipere recusat: vel de loco laxius & magis juridicè sumto, eo videlicet, in quo forum quis sortitur, quomodo dicimus locum domicilii vel contractus. Et hic illud initio sit constat si certus locus adiectus sit, alibi jure solvi non posse, quoniam creditoris interesse intelligitur. Sed si nihil adiectum sit, remittit nos Tr. (cum *Vult.* ex quo istud descripsit *1. R. 53. nu. 119.*) ad distinctiones *Bart. in l. item illa 8. § fin. d. constit. pecun.* Sed scilicet Bartol. non in §. ult. sed *in princip. d. l. 18. num. 8. & seqq.* operosè distinguit quæstionem, an reus teneatur ire ad domum creditoris, an hic potius ad illius domum ire & debitum petere obstringatur: quam etiam quæstionem prolixè tractant & varie distinguunt *Dd. in l. acceptam 19. C. d. usur. & ibi præcipue Salic. nu. 6 & seqq. & Bald. ibid. quæst.* 12. Enimverò cum locus domicilii sit locus ordinarius, & commune forum omnium actionum, consequenter rectè dicemus in loco domicilii regulariter solutionem faciendam esse, & quidem debitoris quem satis est non deprehendi in mora, quæ regulariter non nisi per interpellationem præcedentem contrahi solet, ideoque creditoris erit, in loco domilii debitoris petere solutionem. Atquin si debitor offerendo jus aliquod sibi parare, à pœna forte adiecta

se li-

ſe liberare, curſum uſurarum ſiſtere, aut periculum in creditorem transferre velit, apparet neceſſum eſſe, (quia creditor ceſſando ſimpliciter & non petendo non facit moram) ut debitor rem offerat creditori in loco domicilii ipſius utcunq; in alio ſit foro, quod veriſſimè Bart. docet.

LIT. I.

Iuſto tempore.] Quid enim ſi quis forte in convivio, aut aliàs occupato creditori, vel ut Bald. proponit *in d. l. 19. C. d. uſur. quæſt.* 1. nocte offerat: creditor recuſans non cenſebitur facere moram. Adiicit autem hic Treut. vulgatam quæſtionem, an invito creditori ante diem ſolvi poſſit. Quod paſſim, & *in l. illa 18. d. conſtit. pec.* affirmant Dd. ex hac ratione, quod dies adiicitur favori debitoris, ne ante ad ſolutionem compelli poſſit, *l. eum qui 41. §. 1. in f. l. ſtipulatio. 38. §. inter 16 l. continuus. 137. §. 2. d. Verbor. Oblig.* quibus locis traditur totum tempus intermedium liberum eſſe promiſſori, cæterum ſtatim dari poſſe: & ſunt ad hoc textus *in l. quod circa 70 l. qui res 98. §. 4. d. ſolut. l. quod quis 50. d. O. & A. l. poſt mort. m. 12. C. d. fideicommiſſ.* Et miror Cujacio *in d. l. 38. §. 16.* contrariam opinionem placere potuiſſe: & magis miror, *quod ille* contra exceptionem Accurſ. *niſi ſtipulatoris gratia adjectus fuit dies,* ita diſputat, quod nihilominus ſtipulator favorem ſuum remittere, & ante diem accipere poſſit: & oportet ut Cujac. mentem Accurſ. prorſus non intellexerit, dum exceptioni iſti Accurſianæ locum fore ait, ſi hæc regula eſſet, quod invito creditori ante diem ſolvi poſſit. Etenim omninò hanc regulam pro certa ſtatuunt, Accurſ. & Dd. & ad eam regulam hanc ipſam exceptionem omninò referunt, ſi dies adiecta fuerit in favorem creditoris: eaque in re procul dubio errat Tr. hanc magis regulam probans, quod invito creditori ante diem ſolvi nequeat: cui refutando vel hoc ſufficere poſſit, quod Cujac. admittit, & per ſe expeditum eſt, in terminis exceptionis huius poſſe ſtipulatorem favorem ſuum remittere: nàm eâd. ratione reus, cuius gratia regulariter diem adiici conſtat, favorem ſuum omittere & ſolvendò prævertere diem poterit. Et iſtam limitationem ipſiſſimis Vulteii verbis *ex lib. 1. Iuriſprud. cap. 53 num. 124.* refert Treut. *verſ. niſi creditoris &c.* quæ limitatio & diſtinctio, & ſimul communis opinio, eleganter & expreſsè ſatis probatur *in l. eum qui 15. d. annuis legat. l. ſi ita 43. §. 2.*

§. 2. *d. legat.* 2. Et ex hac limitatione respondetur ad obiectionem *ex l.* 3. §. *quid si servus* 14. *d. stat. liber.* ubi dicitur, servum, qui annua bima trima die, & ita tribus pensionibus 30. dare iussus est, si totum simul offerat, ad libertatem pervenire: ita ut hoc benigne receptum esse dicatur, & inde, quod regulare jus contrarium sit, colligi posse videatur. Etenim respondetur quod testator ideo diviserit summam in pensiones, vel quod servum summæ integræ semel præstandæ non sufficere existimabat, vel potius, quod servum triennio apud hæredem manere volebat, ideoque huius favore diem adiecerat: ut proinde revera speciale sit favore libertatis, quod servus simul repręsentando pecuniam statim liberatur: & ne injuriam sibi fieri conqueri possit hæres, damnum maturioris libertatis, cum lucro præmaturæ solutionis integræ pecuniæ, compensari respondet JCtus. Magis obstare videtur textus, quem etiam solum citat Cujac. *in l. item illa* 18. *in princ. d. constit. pecun.* ubi JCtus docet, verba prætoris referenda esse ad diem constituti, quo quis se soluturum constituit, ita ut non noceat actori creditori, antea per ipsum stetisse, si modò die constituti per ipsum non steterit. Pertinet iste locus ad explicationem edicti quod proponitur *in l. si duo* 16. §. 2. *d. constit. pecun.* ubi prætor ait, se actionem daturum, si qui constituit non solverit, aut quod promissum est non fecerit, & si per actorem non steterit quo minus fieret. Et itaque si per actorem stetit non dabitur actio constituti: quod ita explicat JCtus *in d. l.* 18. ut tum demum per actorem stetisse dicatur, si tempore constituti non advenerit neque adfuerit: (licet impeditus, quoniam impedimentum istud non debet obesse reo) non autem dici stetisse per eum, si ante diem non adfuerit. Et ergo apparet, agi ibi de actore vel creditore absente, & eius, quod per actorem stetit, hunc esse effectum, ut ipsi actio constituti negetur. Ex quo & hoc apparet, obiectionis istius in posita quæstione nullam esse vim: quoniam si creditor ante diem oblatum non recipiat & recuset, non hoc consequi dicimus, ut actio amittatur, sed saltem, ut verbi causa pœna evitetur, vel periculum rei debitæ in creditorem transferatur. Amplius in specie *d. l.* 18 non stetisse per actorem ante diem, non hoc significat, quod pecuniam recusaverit, sed saltem non stetisse, quominus ipsi pecuniam offerret reus: siquidem hoc nocere non potest reo, quod ante diem non

obtulerit pecuniam, quod etiam facere obligatus non est: neque eodem modo actor tenetur ante diem præsens adesse, neque nocet ei: antea non adfuisse, sed satis est si eo tempore, quo solutionem fieri constitutum est in loco adsit, nec moram faciat debitori solvere volenti: quod etiam notat *Castrens. in d. l. 18. in princ. d. constit. pecun. num.* 10. eodemque respexit *Bartol. ibid. num.* 4. & 5. in hæc verba scribens: si quæritur an ante diem solvi possit, dico quod sic: sed si quæritur an ante diem debitam actor sit in mora non veniendo ad locum solutionis, dico quod si sibi fieret denuntiatio ad recipiendam solutionem ante diem, deberet venire, aliàs esset in mora: sed si sibi non denuntietur, non est in mora, nec tenetur comparere nisi die statuta, qui est casus hic, id est *in l.* 18. *d. constit. pecun.* Hactenus Bart. Illa inepta obiectio est, quod cum creditor non possit ante diem petere, nec æquum videatur, ut ante diem pecuniam invitus recipere teneatur: quoniam diversitatis ratio perspicua est, quod dies adiecta sit favori debitoris: & disertè *ICtus in l.* 137. §. 2. *d. Verb. Oblig.* posse ante diem solvi tradit, licet ante peti non possit. Erratum autẽ hic est in allegãdo Ant. Fab. qui *lib coniect. c.* 1. omninò defendit, ante diem invito creditori posse solvi.

Quid si debitor ante diem] Quæstio hæc an qui solvit ante diem per errorem, & quatenus, condictionem habeat indebiti, tractata est supra *part.* 1. *disput.* 22. *thes.* 5. ubi dictum de sententiis *Anton. Fab.* 4. *coniect. ultim. & Cuiac.* qui hoc tractat non *libr.* 23. *observat.* 22. *sed libr.* 13. *observat.* 20. Limitatio autem Treut. nisi in diem simpliciter incertam pecunia debita fuerit, omni ratione dubitandi caret: quoniam iuxta tradita supra *disput. d. l. gat. thes.* 6. incerta simpliciter dies dicitur, quæ incerta est, an & quando sit extitura, veluti cum Titius consul fuerit, cum Sempronia nupserit: in quib. terminis certũ est condictioni esse locum, quoniã hæc dies omnimodo conditioni comparatur. Et fortassis idem quis tentaverit obtinere in die incerta, *an sit extitura*, veluti cum Titius 24. annorũ erit, quia Titio, prǽmortuo nihil debetur: & quare solutum ante diem incertam, quando extitura sit, veluti cum moriar, repeti non possit, *l.* 17. *d. condict. indeb.* ratio sola esse videtur, quod certum est debitum iri.

Illud hic generaliter.] Ait Tr. humanitatis gratia ei qui purè debet,

debet, terminum & ſpatium ad ſolvendum eſſe concedendum: de quo actum ſupra *diſput. 27. theſ. 6. lit. A.* ubi Tr. huic loco contradicere videtur, quoniam ibi improbat eos, qui miſerationis gratiæ modicum tempus debitori concedi volunt.

THESIS III.

LIT. A.

Quæ tribus prioribus literis traduntur, pertinent ad caput de perſonis: quoniam vel ſolvitur ipſi creditori & ab ipſo debitore, vel aliis & ab aliis, creditoris vel debitoris locum quoad hunc effectum ſubeuntibus. Et de priori ait Tr. quod non tantum creditori rectè ſolvatur, ſed etiam alteri eius nomine: ſed dixiſſet rectius, ſolvi alii creditore conſentiente jubente vel permittente: quoniam aliâs utcunque quis creditoris nomine ſolvere ſe dicat, non liberabitur.

Procuratori.] Hæc una ſpecies eſt, perſonæ, quæ ſubit vicem creditoris: & cum illius variæ ſint ſpecies, diſtinctius agit Tr. & 1. quod procuratori generali *l 12. in princ. h. tit.* quia huic etiam intelligitur mandatum, ut pecunias accipiat *l. qui hominem. 34 §. 3. h. tit.* & tanto igitur magis poterit ei ſolvi qui ſpeciale mandatum habet *l. hoc iure 86 h titul* quoniam plus aut certè non minus operatur mandatum ſpeciale quam generale. Et hoc mandati genus videtur intelligere Tr. dum ſecundo loco ait ſolvi poſſe procuratori ad exigendum conſtituto: quæ tamen explicatio non videtur convenire ſententiæ Tr. quoniam allegat pro diſſentiente Speculatorem, qui ſub *tit. procurat. rubr c. d. form. procurat. incipit. ut autem, verſ. notabiliter numer.* 14. exiſtimat, procuratorem ſimpliciter datum ad petendum & exigendum, non habere jus recipiendi ſolutionem: ad quod adducit textus *in l. ſed ſi.* 13. *d. pact. l. hoc iure 86. h. tit.* per hos ipſos textus cum ſtatim Tr. probet non poſſe ſolvi procuratori litis, qui ad agendum procurator factus eſt, poſſit etiam Speculator de eiusmodi procuratore non ineptè explicari. Cæterum diſtingui poſſit fortaſſis ad mentem Tr. an procurator ad agendum tantum, an ſimul ad exigendum factus ſit, ut verbum poſterius plus operetur, *argumen. d l. 86.* ubi JCtus abſurdum eſſe ait, ut ei ſolvi poſſit ante rem judicatam, cui actio judicati non

datur: minimè autem absurdum sit ita solvi posse ei, qui simul ad exigendum constitutus est. Possit & non ineptè distingui, an procurator constitutus sit ad exigendum extraiudicialiter, qui procul dubio poterit accipere solutionem, quod aliàs non procurator, sed nudus minister, & quasi nuntius de solvendo interpellans debitorem futurus: an verò ad exigendum judicialiter instituta actione: & hic procurator parum differre videtur à procuratore litis qui ad agendum datus est, quoniam & qui agit, utique exigit: maximè si ponas casum, quo debitore negante & solvere recusante creditor procuratorem ad agendum & exigendum constituerit: in quibus terminis, cum præsertim verbum exigere per præcedens quodammodo explicari videatur, crediderim veram esse contra Tr. sententiam Speculatoris.

Non falso procuratori.] Insubtilior videri possit hæc quasi limitatio, quia falsus procurator omnino procurator non est, juxta definitionem procuratoris *in l. 1. d. procurat.* maximè cum falsum procuratorem Tr. opponat ei, cuius mandatum revocatum est: quæ & ipsa oppositio vel distinctio parum accurata est, quoniam & hic falsus est procurator. Sed Tr. in specie eum ita *appellavit*, qui nunquam habuit mandatum, eaque oppositio vel hic tanto melius defendi potest, quod ei qui nunquam mandatum habuit, nunquam rectè solvitur: sed ei qui habuit, licet jam revocatum sit, cum effectu liberationis solvitur, si debitor mandatum fuisse revocatum ignoret, per textus hic à Tr. citatos: quamvis hic effectus sequatur non quatenus mandatum ut revocatum consideratur, sed quatenus propter justam ignorantiam & bonam fidem debitoris pro adhuc durante habetur.

Solvere igitur alteri.] Hoc quoq; quod liberetur debitor, si creditor solutionem factam alteri ratã habeat, rectè refertur ad præcedens de procuratore & mandato, quoniã ratihabitio quę retrotrahitur *l. 25. inf. C. d. don. int. vir. & ux.* effectum mandati operatur. Neq; movet, quod judicium agitatum cum falso procuratore nullũ est, neq; validum efficitur, si eo finito ratihabitio superveniat, *arg. l. 24. C. d. proc.* de quo actum *supra p. 1 disp. 9.* quoniam alia ratio est contractuum & actuum extraiudicialium, alia judiciorum: vel quia hæc ex jure publico constitutionem & essentiam suam habent, vel potius quia ratihabitio nihil hic reperit in quo operetur, postquã judi-

judicium finitum est, & in quod nihil prorsus deductum fuit: veluti constat à procuratore falso nihil in judicium deduci.

Illud constat cessionario & procuratori in rem suam rectè solvi posse, cum hic etiam habeat utiles actiones: adeò quidem, ut præferatur ipsi credenti, *l. procuratore* 55. *d. proc.* & simplici enuntiatione efficere possit, ne debitor amplius solvendi pecuniam creditori habeat facultatem.

Illud quoque singulare est quod debitor ei cui creditor suus debet, id est creditori creditoris sui etiam sine mandato solvere potest, ut tamen non ipso jure, sed ope exceptionis liberatio contingat, ut probatur ex *l. si o:e:a 6. vers. idem est, d. dol. mal. except.* ad quam miror à glossatoribus dubitari, an solutio contingat ipso jure an per exceptionem: quoniam posterius hoc non obscurè tradit JCtus, per relationem ad casum præcedentem: & suadet manifesta ratio, cum summo jure nullo modo liberatio contingere posse videretur, cum debitori obiici posset culpa, quod sine mandato alteri solvisset, cui solvi nihil ipsius interesset. Plane si hic creditor contra suum creditorē exceptione aliqua uti potuit, procul dubio per replicationem contra exceptionem debitoris ipsi succurretur: sicut etiam contradicente creditore, debitorem, si solvat, non liberari verius est, ut rectè docet *Bart. in d. l. 6.* ubi tamen addit, aliud esse, si res debitoris solventis, creditori creditoris sui sint obligatæ: itemque si utrumque debitum ex eâd. causa descendat: quibus casibus tum invito creditore solvi posse, tum ipso jure obligationem contingere fere existimat Bart. Et posterioris casus exemplum est *in l. si liber homo 36. d. negot. gest.* ubi qui bona fide pro servo hominem liberum possedit, debitor eius esse dicitur, & teneri neg. gest. eo nomine, quod liber homo acceptam V.C. à Titio pecuniam in usum putativi domini vertit: quo casu si dominus ille solverit Titio, desinere dicitur actio negot. gest. quæ sc. ob hoc solum libero homini competebat, quod ille Titio ex mutuo tenebatur, & ita cessante causa cessat effectus. Prioris casus exemplum affert Bart. *ex l. solutum. 11. §. solutam. 5. d. pignor. act.* ubi conductor secundus seu inquilinus inquilini, si solvat primo locatori, dicitur habere pignoratitiam contra locatorem suum, quoniam res eius tacitæ hypothecę sunt obligatę: qua de causa respondet JCtus, quod conductor secundus locatori primo rectè solvat.

Rectè etiam ei solvitur.] Hoc quoque de adiecto potest referri sub mandatum *argumen.* §. 4. *Instit. d. inutil. stipulat. l. qui res* 98. §. 5. *in f. h. t.* quibus locis traditur, contra adiectum cui solutio facta est creditori competere actionem mandati, quod præsertim adiectus recipiendo solutionem mandatum istud quasi in se suscepisse & agnovisse videatur, cum sciret vel utique scire deberet, sibi acquiri non posse. Adiectus autem hic est, qui ut statim subiicit Tr. disiunctivè adiicitur contractui, *mihi aut Titio dari* *s*: nam si ita, *mihi & Titio*, Titii adiectio, supervacua est, quia alteri acquiri non potest.

Ab initio.] Aliud hoc requisitum est quod requiritur ad constitutionem adiecti, sub huius præcipuè effectus considerationе, quod adiecto solvi potest etiam invito stipulatore: *l.* 12. §. 3. *l.* 106. *h. titul.* quod si enim postea conventum sit, ut huic vel illi solvatur, non potest nisi simplicis mandati jure censeri, quod mandans pro libitu suo revocare potest: quo facto non poterit debitor amplius ei solvere, quod confirmatur *ex cit. l. si cum* 82. *h. t.*

Tam purè quam conditionaliter] Adiectum oportet esse in eandam rem, cum solutionis causa tantum adiiciatur *l. ultim.* §. *cum mihi.* 5. *d. V. O.* cæterum quo ad alia quæ stipulationibus adiici solent, non necessum est idem in creditore & adiecto servari. Etenim 1. ita rectè fit adiectio: *mihi Calendis Febr. a iis*, *aut Titio Calendis Ianuar.* vel vice versa juxta *d. l. ultim.* § *tempora.* 6 *d. Verb. Oblig.* 2. rectè fit adiecto: *mihi Romæ aut Titio Ephesi si l. qui res.* 98. §. *mihi Romæ* 6. *h. tit.* ubi ratio dubitandi proponitur, quod hæc videantur esse diversa facta: ad quam respondetur per inficationem, quod sit eadem causa debendi & idem debitum in diversa loca solvendi saltem facultate collata: adeò ut dicatur rectè fieri adiectio hoc modo, *insulam ædificari in meo vel in Titii loco:* quia non sint diversa facta, sed circa idem factum electio collata in arbitrium promissoris. Quod ad conditionem attinet, distinguitur, quod aut ita stipulatio fit: *mihi hodie, aut Titio si navis ex Asia venerit*, & utilis stipulatio & adiectio: aut ita, *mihi si navis ex Asia venerit aut Titio hodie*: & inutilis stipulatio est & adiectio *d. l. ultim.* §. 7 *d. V. O* quoniam ut ibi additur, nisi quod ad me vim accipiat obligatio, non potest adiectio valere.

Caim-

Cuiuscunq; status vel ætatis.] Quoniam cum adiectus, cuiusdam procuratoris vices sustineat, imputet sibi creditor, qui talem personam solutionis causa adiecit, quomodo etiam institorem vel magistrum navis pupillum quis facere potest *l.* 1. §. 4. *d. exercit. act. l.* 7. §. *ultim. d. institut. act.* & de pupillo adiecto textus est *in l.* 11. *D. h titul.*

Nisi capite minutus.] Pertinet ad illud quod dixerat adiecto rectè solvi posse: quod limitatur, nisi capite fuerit minutus ille qui adiectus est, quoniam non amplius concedenda est facultas huic solvendi, quia non nisi manente eodem statu in eum consensisse videtur creditor *l. cum quis* 38. *in princ. h. titul.* & cum adiectus quasi procurator sit, mutato statu difficilior videtur esse repetendi facultas. Quæ ratio perspicua satis & recta est, illa autem Papin. *in l. Stichum.* 95. § *usumfructum* 6. *h tit.* quod adiici quis possit, ut ei solvere liceat postquam capite fuerit minutus; concludere nihil videtur: quoniam expressa conventio, qua quisque sibi præiudicare potest excludit tacitam, quam Africanus allegat *in d. l.* 38. *in f. princ. h. t.* licet Anton. Fabr. Papiniani rationem ita defendat 3. *coniect.* o. ut procedat ex hypothesi, quod per capitis diminutionem nihil accidat, ut stipulationis conditio debeat immutari, cum præsertim fides adiecti quam stipulator censetur habuisse exploratam per capitis diminutionem non diminuatur. Sed ista re vera pura petitio principii est: quoniam ex sententia Africani capitis diminutio postea superveniens tale quid est, non tam ut stipulationis conditio mutetur quoad obligationem, sed ut ex prædicta ratione non amplius facultas sit solvendi adiecto, ex præsumta mente creditoris: & jeiunum est, quod de fide adiecti proponitur: quin & sequuta maxima vel media capitis diminutione, merito de fide eius licet dubitare: ideoque & falsò Anton. Fab. d. loco rationem Africani asperam nimis & in mera subtilitate juris positam esse ait. Facit tamen pro Papin. *l. eum qui.* 6. §. 2. *d. Verb. Oblig.* ubi dicitur filio emancipato quem pater adiecerat stipulationi, cum adhuc in potestate esset, rectè solvi. Respondent hic quidam cum Accurs. *in d. l.* 59. *h. tit.* rationem *d. l.* 56. §. 2. hanc esse, quod emancipatus deducitur in meliorem statum. Sed dubium facit, quod hic non tam consideranda per se est conditio adiecti, sed potius jus creditoris, qui non amplius videtur consentire

in eam

Rectè etiam ei solvitur.] Hoc quoque de adiecto potest referri sub mandatum *argumen. §. 4. Instit. d. inutil. stipulat. l. qui res 98. §. 5. in f. h. t.* quibus locis traditur, contra adiectum cui solutio facta est creditori competere actionem mandati, quod præsertim adiectus recipiendo solutionem mandatum istud quasi in se suscepisse & agnovisse videatur, cum sciret vel utique scire deberet, sibi acquiri non posse. Adiectus autem hic est, qui ut statim subiicit Tr. disiunctivè adiicitur contractui, *mihi aut Titio dabis*: nam si ita, *mihi & Titio*, Titii adiectio, supervacua est, quia alteri acquiri non potest.

Ab initio.] Aliud hoc requisitum est quod requiritur ad constitutionem adiecti, sub huius præcipuè effectus consideratione, quod adiecto solvi potest etiam invito stipulatore: *l. 12. §. 3. l. 106. h. titul.* quod si enim postea conventum sit, ut huic vel illi solvatur, non potest nisi simplicis mandati jure censeri, quod mandans pro libitu suo revocare potest: quo facto non poterit debitor amplius ei solvere, quod confirmatur *ex cit. l. si cum 82. h. t.*

Tam purè quam conditionaliter] Adiectum oportet esse in eandam rem, cum solutionis causa tantum adiiciatur *l. ultim. §. cum mihi. 5. d. V. O.* cæterum quo ad alia quæ stipulationibus adiici solent, non necessium est idem in creditore & adiecto servari. Etenim 1. ita rectè fit adiectio: *mihi Calendis Febr. a iis, aut Titio Calendis Ianuar.* vel vice versa juxta *d. l. ultim. § tempora 6 d. Verb. oblig.* 2. rectè fit adiecto: *mihi Roma aut Titio Ephesi si l. qui res. 98. §. mihi Roma 6. h. tit.* ubi ratio dubitandi proponitur, quod hæc videantur esse diversa facta: ad quam respondetur per inficationem, quod sit eadem causa debendi & idem debitum in diversa loca solvendi saltem facultate collata: adeò ut dicatur rectè fieri adiectio hoc modo, *insulam ædificari in meo vel in Titii loco:* quia non sint diversa facta, sed circa idem factum electio collata in arbitrium promissoris. Quod ad conditionem attinet, distinguitur, quod aut ita stipulatio fit: *mihi hodie, aut Titio si navis ex Asia venerit*, & utilis stipulatio & adiectio: aut ita, *mihi si navis ex Asia venerit aut Titio hodie*: & inutilis stipulatio est & adiectio *d. l. ultim. §. 7 d. V. O* quoniam ut ibi additur, nisi quod ad me vim accipiat obligatio, non potest adiectio valere.

Cuius-

Cuiuscunq; status vel ætatis.] Quoniam cum adiectus, cuiusdam procuratoris vices sustineat, imputet sibi creditor, qui talem personam solutionis causa adiecit, quomodo etiam institorem vel magistrum navis pupillum quis facere potest *l. 1. §. 4. d. exercit. act. l. 7. §. ultim. d. institut. act.* & de pupillo adiecto textus est *in l. 11. D. h titul.*

Nisi capite minutus.] Pertinet ad illud quod dixerat adiecto rectè solvi posse: quod limitatur, nisi capite fuerit minutus ille qui adiectus est, quoniam non amplius concedenda est facultas huic solvendi, quia non nisi manente eodem statu in eum consensisse videtur creditor *l. cum quis 38. in princ. h. titul.* & cum adiectus quasi procurator sit, mutato statu difficilior videtur esse repetendi facultas. Quæ ratio perspicua satis & recta est, illa autem Papin. *in l. Stichum. 95. § usumfructum 6. h tit.* quod adiici quis possit, ut ei solvere liceat postquam capite fuerit minutus; concludere nihil videtur: quoniam expressa conventio, qua quisque sibi præiudicare potest excludit tacitam, quam Africanus allegat *in d. l. 38. in f. princ. h. t.* licet Anton. Fabr. Papiniani rationem ita defendat *3. coniect. 0* ut procedat ex hypothesi, quod per capitis diminutionem nihil accidat, ut stipulationis conditio debeat immutari, cum præsertim fides adiecti quam stipulator censetur habuisse exploratam per capitis diminutionem non diminuatur. Sed ista re vera pura petitio principii est: quoniam ex sententia Africani capitis diminutio postea superveniens tale quid est, non tam ut stipulationis conditio mutetur quoad obligationem, sed ut ex prædicta ratione non amplius facultas sit solvendi adiecto, ex præsumta mente creditoris: & jeiunum est, quod de fide adiecti proponitur: quin & sequuta maxima vel media capitis diminutione, merito de fide eius licet dubitare: ideoque & falsò Anton. Fab. d. loco rationem Africani asperam nimis & in mera subtilitate juris positam esse ait. Facit tamen pro Papin. *l. eum qui. 6. §. 2. d. Verb. Oblig.* ubi dicitur filio emancipato quem pater adiecerat stipulationi, cum adhuc in potestate esset, rectè solvi. Respondent hic quidam cum Accurs. *in d. l. 59. h. tit.* rationem *d. l. 56. §. 2.* hanc esse, quod emancipatus deducitur in meliorem statum. Sed dubium facit, quod hic non tam consideranda per se est conditio adiecti, sed potius jus creditoris, qui non amplius videtur consentire

ineam

in eam personam, & facilius est patri recipere pecuniam à filio in potestate, quam ab emancipato. Et tamen in istis terminis replicari facile possit, vel quod pater imputare sibi debeat, qui facto suo filium in eum statum deduxit: vel, ut Alciat. disputat. *in d.l. 9. §. 2.* quod pater filii mentionem fecisse credendus sit contemplatione sanguinis, non quod cogitaverit se actione mandati repetiturum, ut proinde per emancipationem non debeat censeri revocatum mandatum. Alia solutio Accurs. est, quod *in d l 95. § 6* hoc ipsum fuerit conventum, ut liceret solvere adiecto post capitis diminutionem: secundum quod dicendum fuerit hanc esse sententiam JCti, quod aliquando possit solvi etiam capite minuto: quod sc. confirmetur in *vers. quia & sic.* Sed non videtur ea esse sententia JCti, maximè cum *in seq. § nam si 7.* removeat rationem dubitandi, quod capite minutus videatur esse alius homo: ad quam respondere videtur, quod aliis etiam casibus alii quam ipsi adiecto solvi possit, veluti tutori, si pupillus adiectus fuerit. Non longe hinc abire videtur sententia Cuiac. *in d. l. 56. ubi d. l. 95. h. t.* restringit ad casum quo adiectus tempore stipulationis capite minutus fuit. Verum & ita vix fuerit ratio dubitandi, & verba JCti, *facultas solvendi non intercidit*, arguunt mutationem fuisse sequutam, & *in d. l. 56 §. 2. d. V. O.* filius post stipulationem emancipatus proponitur, quæ & alia pluribus proponit *Anton. Fab. 3. coniect. 10.* Alia responsio Accurs. est, quod speciale sit in promisso usufructu: cuius rei rationem duplicem afferre conatur *Bartol. in d. l. 95. §. 6 h. tit.* 1. quod alius sit ususfructus in persona debitoris, alius in persona adiecti *arg. l. 38. §. si quis ita. cum duob. seqq. d. V. O.* adeoque ne auferatur facultas solvendi aliam rem, permissum ut etiam adiecto solvatur. 2. quod per procuratorem non quæratur ususfructus mandanti, adeoque nec per adiectum qui loco procuratoris est, & proinde non amitti facultatem solvendi post capitis diminutionem. Sed utraque ratio inepta videtur, & per eas aut dicendum fuerit, in specie *d. §. 6.* non esse adiectum, quod absurdè dicetur, aut fatendum, tanto difficilius post capitis diminutionem adiecto solvi posse, quod alia atque alia res in stipulationem sit deducta, Sed nimirum una hic tantum res est quę debetur, & dixerim ideò speciale esse in usufructu, quod omninò necessum sit usumfructum ad personam debitoris pervenire. Cæterum rationem specialitatis quam

quam proponit *Zas ind. l.56. §. 2. d. Verbor. Oblig.* quod ususfructus habeat tractum successivum, ego non satis capio. Illud autem prorsus ineptum est, quod Accurs. *d. l. 95. §. 6.* explicare vult de casu creditoris permittentis. Et penè est ut cum *Anton. Fabr. 3. coniect.* 10. JCtos inter se dissensisse fateri cogamur: & tamen si tribuendum aliquid est assertioni Justin. quod nullum contrarium sit in jure, defendi posse existimaverim distinctionem illam Accurs. an adiectus per capitis diminutionem translatus sit in statum meliorem, an in deteriorem, de quo casu etiam tantum, ut exempla ostendunt, tractat *Africanus in d. l.38. in pr. h. tit.* & manifestè lectori imponit *Anton. Fab. d. cap.* 10. dum ab Africano eum quoque casum proponi tradit, quo servus adiectus postea fuit manumissus. Neque imaginaria in servitutem deductio, quæ olim contingebat in persona emancipati *l. 3. d. cap. min.* efficere potest, ut in deteriorem statum deductus videri debeat. Et hanc distinctionem non obscurè probat Tr. his verbis *nisi capite minutus in eum statum constituatur, in quem stipulator non consensisse videretur.* Nam & tacita conventio in qua se fundat Africanus ad hunc tantum casum quo in peius status adiecti mutatus fuit, pertinere potest. Aliud tamen statuit Tr. *supra p.1. d sp.23.th.11 lit. A.* ubi sequitur *Ant. Fab.* & hanc inter antinomias refert.

LIT. B.

A debitore vel. liberius non. i. e.] Diversa hac in re creditoris ratio est, quo ignorante alii non rectè solvitur, nisi quatenus creditore ratum postea habente, & ita ex accidenti solutio convalescit, aut retro pro valida habetur: sed debitore etiam ignorante, creditori alius rectè solvit, & quod solvit actione negot.gest. repetit. Deinde nullo modo contingit liberatio, si invito creditore alii solvatur: sed alio solvente debitor etiam invitus liberatur, contra quem tamen hoc casu nulla actio solventi competit, iuxta not. *disput. praced. thes. 3. lit.* G. Solet autem hic obiici, quod invito beneficium non detur *l. invito. 69. d. regul. iur.* in quam sententiam *Sen. 2. d. benef.* 19. non est, inquit, beneficium accipere cogi: & ut *Lactant. lib. 5. Instit.* 20. non est beneficium quod ingeritur recusanti: *& Plaut. in Trinummo*, nullum beneficium esse duco, quod cui facias non placet. Et hanc obiectionem intelligit Tr. *in vers. non obstat &c.* ad quam ipse respondet cum Dd. procedere

hoc ubi agitur de interesse eius cui quis beneficium dare vult, sed secus esse ubi versatur interesse tertii. Minus rectè: quia interesse tertii, cui beneficium non datur, cum accipiat quod sibi debetur, non videtur efficere posse, ut beneficium fiat, quod natura sua beneficium non est. Rectius dici existimo, quod actio quæ alias beneficium esse posset, nihil operetur in persona eius cui alius benefacere cupit, si ille recuset uti eius beneficio: sed operetur aliquid & producat effectum in persona tertii qui jure suo rem accipit. Et hinc 2. dici potest quod beneficium consideretur aut formaliter, qua beneficium, quo sensu non potest esse beneficium quod præstatur invito, quoniam beneficium est benevola actio tribuens gaudium capiensque tribuendo, ut definit *Sen. 1. d. benefic. cap. 6.* aut materialiter, & non absurde potest dici conferri in invitum, quod licet nolens, obligatione liberatur: ut tamen facultatem habeat beneficio non utendi & pecuniam restituendi ei qui solvit: quod præsertim multi interesse sua existiment, nec beneficii esse debitores: quippe quod hinc ad remunerandum obligentur. Accedit hic 3. quod liberatio debitoris etiam inviti, contingit ex quadam necessaria ratione juris: neque solutio in proposito casu consideratur tanquam beneficium, aut respectu eius qui debet, sed qua simplex præstatio eius quod debetur: hoc ubi accipit creditor, à quocunq; etiam accipiat, necessum est extingui obligationem.

Quo casu etiam alius.] Casus iste hactenus similis est priori, quod & hoc potest solvi invito emphyteuta: sed in eo dissimilis, tum quod idem est si solvatur eo ignorante, tum quod in illo interesse tertii, hic ipsius solventis versatur: quod scilicet ut proponit Tr. qui emphyteutæ pecuniam credidit, & rem emphyteuticam pignori accepit, solvere possit canonem domino directo, ne alias cessante emphyteuta res cadat in commissum, & ita pignus simul evanescat, resoluto jure pignorantis *l. 31. d. pignor.* Quæstio autem generalius tractanda est, an alius pro emphyteuta solvendo canonem, conservare possit emphyteutæ jus suum, ne à domino expelli queat: quomodo illa quæstio proponitur *à Las. in l. 2. Cod. d. iur emphyt. colum. 20. quæst. 25.* & principaliter distinguit, quod aut quis solvit nomine emphyteutæ, aut nomine proprio. Illo casu certum esse tradit Jas. quod conservetur jus emphyteutæ,

licet

licet non tanquam procurator, ſed ſaltem tanquam negotiorum geſtor ſolverit quis: per regulam generalem quam ibi adducit Jaſ. quod quotiescunque tractatur de conſervatione juris realis, factum negotiorum geſtoris ſemper proſit ad illius juris conſervationem & retentionem: pro qua regula facit textus *in l. arboribus* 12 *§. 2. verſ. non ſolum. d. uſufruct.* ubi etiam alius me ignorante re utens conſervat mihi uſumfructum: facit *l. ſolvendo* 39. *d. negot. geſtor.* Sed unicus hic occurrit ſcrupulus, quod non videtur invito obtrudi poſſe ſolutio cum quadam iniuria, & ubi intereſt creditoris ab ipſo debitore vel eius expreſsâ voluntate pecuniam ſolvi: dominus autem directus duplicem cauſam propter quam recuſet oblatum ab alio canonem, & duplex intereſſe prætendere poſſe videtur. 1. quod ceſſante emphyteuta per triennium tota res ipſi acquiritur. 2. quod vereri poteſt, ne emphyteuta fortaſſis qui aliquot annis non ſolvit, animum habeat ſibi poſſidendi & intervertendi domino jus ſuum. Sed ad utrumque reſponderi poteſt: & ad hoc quidem, ut præſcribere poſſit emphyteuta contra dominum, neceſſum eſſe, ut ſe gerat pro domino directo & canonem ſolvere recuſet: & poterit dominus facile ſibi cavere proteſtatione vel emphyteutæ monitione, & aliquando etiam jure petere, ut ipſe emphyteuta ſemel ſatisfaciat. Ad illud, non videri convenire viro bono, ut lucrum captet cum damno alterius, qui fortè tum commodè ſolvere non potuit, ac potius factum ſolventis alterius in ſe traxiſſe & approbaſſe, & niſi alter prævertiſſet; ipſe ſoluturus fuiſſe præſumitur: & aliàs in ſpecie *d. l. 12. §. 2. d. uſufruct.* eâdem ratione dici poſſet, intereſſe proprietarii nudi, ut uſusfructus pereat, & ad proprietatem revertatur. Et iſtum caſum nec dubitabilem eſſe ait Jaſ. *d. loc.* Et tanto magis ſolvere poterit creditor, ut non tantum jus emphyteutæ, ſed etiam ſibi jus pignoris conſervert: idque bene probatur *ex l. 31. d. pignor*, ibi, *cum tam debitor quam creditor ceſſaſſent*: neque hinc diſſentientes ullos allegat *Tiraquell. d. retract. gentil. § 36 gloſſ. 2. num.* 19. Magis autem dubium caſum poſteriorem eſſe docet Jaſ. ſi res emphyteutica alii conceſſa, ad tertium pervenerit, qui ſolvit canonem tanquam emphyteuta, an huiusmodi ſolutio vero emphyteutæ proſit, ut expelli non poſſit. Et prodeſſe affirmat Jaſ. per regulam paulo ante dictam, & textum *in d. l. 12. §. 2. d. uſufruct. & in l. qui fundum, ſi ſer-*

vitus amittatur : ex qua vero domino prodest, si alius etiam suo nomine jure reali sit usus. Et apertius *in l. forma. 4 §. si cum ego 4. d. censib.* ubi si possessor non dominus fuerit professus fundum, & solverit censum, prodest hoc vero domino ut retineat actionem.

Illud notandum.] Referendum hoc erat sub lit. A. ubi nihil interesse dixerat, an ipsi creditori, an alii ex voluntate eius solveretur, ut scilicet utroque casu ipso jure liberatio contingat. Hoc nimirum limitat procedere, si ille nomine creditoris accipiat nummos, tanquam ipsi restituturus: cæterum si furandi animo acceperit pecuniam non liberari debitorem ipso jure, sed ope exceptionis. Illius rationem rectè reddit Treut. quoniam nummi manent debitoris, neque potest liberari debitor, nisi dominium nummorum ab ipso abeat. Huius ratio est, quia nihil est quod imputari possit debitori qui bona fide solvit, & in quem non debet expetere culpa dolosi procuratoris. Hoc *in l. 38. §. 1 solut.* simili casu illustrat African. si creditor debitorem suum jusserit uxori *suæ causa* donationis solvere pecuniam, debitorem ipso jure *non liberari*, quoniam impediente translationem dominii *constitutione juris*, necessum sit manere nummos debitoris. Atque ita apparet proponere voluisse African. pro regula : quoties nummi soluti manent debitoris, sive id fiat ob propositum fraudulentum accipientis, sive quod lex resistit translationi dominii, toties liberationem ipso jure non contingere: quam quidem Africani sententiam esse non dubito. Sed profecto aliam in posteriori specie rationem sequutus videtur Celsus *in l. 3. sed si. 12. d. donat. int. vir. & uxor.* ubi defendit ipso jure debitorem liberatum esse, non quod nummos fecerit uxoris, sed quod fictione brevis manus videantur prius soluti marito, & ab hoc donati uxori: quo ipso refellitur ratiocinatio Africani, qui difficilius fictionem brevis manus admisit, ut notat *Anton. Fabr. 3. conject.* 19. post *Brisson libr. 1. d. solut.* ubi ait, quod Africanus sequatur jus strictum, sed Ulpian. cum Celso per fictionem brevis manus diversum tentet. Et sane negari nō potest aliam esse rationem procuratoris, qui jussus est accipere pecuniam, aliam uxoris, cui quis donatum voluit, & pecuniam numerari jussit: quoniam per procuratorem nummos ad me pervenire volo, eoque perspicuum est, quod fictioni brevis manus, de qua *Celsus in*

d. l. 3.

d.l. 3. §. 12. non possit esse locus: atquin in altero casu debitore uti videor tanquam nudo instrumento, per quem quodammodo nummos ipse numerare videor, quos acceptos à debitore eidem numerassem. Et hoc rectè omninò meo judicio observavit *Anton. Fab.* 3. *con.ect.* 19. cuius & illud omninò probo, quod verba *d.* §. 1. *in f. post divortium*, expungenda censet: quæ scilicet aliquis interpretium inseruisse videtur, dum quod in fin. ibi de actione furti proponit African. ad posteriorem casum pertinere existimabat: cum tamen non sit obscurum, quod Africanus casum illum secundum prioris illustrandi causa interposuerit, & inde ad priorem casum reversus responderit, cui in ea specie competat actio furti, videlicet non debitori, sed creditori, cuius intersit à procuratore nummos interceptos non fuisse: siquidem contra eum debitor exceptione defenditur: & hac in re actionem furti opponit condictioni furtivæ, quæ competit debitori, quippe cuius nummi manent: constat autem eam tantum dari domino *l.* 1. *d. condict. furt.* sicut & in simili constat, commodatario, conductori dari actionem furti, quoniam eorum interest, sed condictionem furtivam iis non dari. Sunt aliàs variæ istius pugnæ conciliationes 1. quod *in l.* 3. §. 12. duraverit adhuc matrimonium & voluntas mariti, sed *in l.* 38. §. 1. fuerit voluntas revocata, ideoque mulier videatur commisisse furtum: cum qua ferè coincidit conciliatio Accurs. quod *in d. l.* 3. §. 12. mulier acceperit nummos bona fide, existimans valere donationem. Et frustra Tr. probat hoc ex verbo *interceptos* in *in d. l.* 38. §. 1. *in f.* quoniam istud jam diximus pertinere ad casum priorem: & ista componendi ratio merè divinat, & inde quoque impugnatur, quod nec post divortium datur actio furti pro eo quod constante matrimonio amotum fuit. 3. Odofred. quem Caiac. sequutus est *in d. l.* 38 *tract.* 7. *ad African.* in specie *d. l.* 38. post divortium solutionem factam fuisse existimavit: quod itidem divinatorium & à mente JCti videtur esse alienum & pluribus refutatur *ab Anton. Fab.* 3. *coniect.* 19. Neque melior videtur Bart. distinctio *in d. l.* 38; an præsente an verò absente marito pecunia fuerit soluta.

LIT. C.

Vtroque casu.] Liberatio continguit sive quis creditori aut alii juxta prędicta solverit, sive debitor vel alius solverint. Effectus

duos refert hic Tr. 1. quod debitori detur condictio chirographi, licet tutius esse putet, ut reddatur, vel potius ut detur, apocha, qua videlicet creditor pecuniam se accepisse fateatur: quoniam si fortassis testes interfuerint contractui, non satis redditione simplicis chirographi consultum sit debitori: sed non dubito, quin & apocham petere, & simul chirographum repetere debitor possit. 2. ut accessoriæ quoque obligationes tollantur.

Cum quis & pluribus.] Separata hæc à præcedenti & propria tractatio est, si ex pluribus causis debitor solvat, in quam potius solutio sit imputanda. Et illud initio constat, posse debitorem in quam causam velit solvere, ita ut eius priores hac in re sint partes *l. 1. in princ. h. tit. & l. 1. Cod. eod.* si autem cessat videlicet his partibus uti, electionem ad creditorem converti tradit Tr. & si neuter aliquid dixerit, imputari in causam duriorem. Quæ oppositio omninò efficit, ut à creditore etiam in causam leviorem imputari posse fatendum sit. Cui contradicit *d. l. 1. h. t.* in qua docet JCtus, creditorem non nisi ad eam formam & modum imputare posse, quo ipse soluturus pecuniam fuisset, atque ita in causam duriorem non leviorem: quam propositionem ne destruant exempla *ibidem proposita* & subiecta, necessum est ut cum *Cuiac. 5. observat. 34. & Anton. Cont. libr. 1. disput. iur. civil. cap. 7. in f.* retracta negatione legamus, *non in id debitum quod est in controversia*: quæ explicatio re ipsa apud Accurs. extat, sed ea ex vulgata lectione deduci non posse videtur: illud autem rectè improbat Cuiac. quod aliqui, & inter eos *Donell. 16. coniect. 12.* pro *aut in illud*, substituunt, *haud in illud*. Et si igitur in causam duriorem tenetur imputare creditor, sequitur omninò idem hic juris esse, quod in casu Tr. opposito ubi neuter demonstravit in quod debitum solutionem voluerit imputatam. Et tamen absurdum videtur, utroque casu idem statui, & electionem tribuere creditori, ut tamen necessitetur imputare in causam duriorem & in quam ipse debitor in dubio imputari vellet, imò in quam si nihil dixit debitor, solutio imputari dicitur expresse *in l. cum ex pluribus 103. h. tit.* ut non appareat, quem effectum habere possit jus eligendi in persona creditoris: & istam rem magis implicat quod *ICtus in d. l. 1. in f. iuncta l. sequen. h. t.* declarationem & imputationem creditoris vult fieri in præsenti, statim postquam solutio facta est: quorsum enim hoc necessum erit, siquidem

dem aliàs in eam causam ex ratione juris & tacitè imputasse præsumitur debitor, iuxta *d. l.* 103. & imputare tenetur creditor, quæ utilior futura est debitori. Sed videtur *in d. l.* 1. *h. tit.* elliptica quædam locutio, & quod ibi dicitur de constitutione & declaratione creditoris in re præsenti, explicandum erit *ex l. seq. eod.* ut referatur ad effectum in *d. l.* 2. propositum, videlicet an pecunia penes creditorem manere, & ita solutio perfici, an debitori restitui, & solutio debeat retractari. Ostendit enim *d. l.* 2. quod utcunque debitor possit dicere, in quam causam pecuniam solutam velit, nihilominus tamen ex causa posse creditorem contradicere, & recusare pecuniam in id debitum accipere: & pariter ex adverso, licet creditor dicere possit in quam causam pecuniam accipere velit, poterit tamen debitor contradicere, & pecuniam ad se recipere: ita enim habent verba *d. l.* 2. ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit. Quæ verba manifesto inferunt & docent, tum quis sit finis & scopus declarationis faciendæ in re præsenti, tum quod creditor possit imputare debitum in causam leviorem, & debitori minus commodam, quoniam in sibi utilem semper præsumitur consensurus debitor, neque ad id declaratio in præsenti requireretur *arg. d. l* 103. *h. tit.* Sed videlicet imputare ita poteſt creditor in re præsenti in causam leviorem, de facto non de jure, quoniam in debitoris erit arbitrio, an, quod utique poterit, illam creditoris imputationem admittere, an non admittere, & creditore in ea perseverante pecuniam ad se recipere velit: secundum quæ *d. l.* 1. *in f.* quæ aliàs obscura videtur, omninò est explicanda. Et igitur ex parte debitoris est imputatio tacita, si simpliciter pecuniam acceperit creditor, juxta *d. l.* 103. *h. t.* est & expressa cui contradicere creditor potest *d. l.* 2. *h. t.* itidem ex parte creditoris imputatio est expressa cui potest contradicere debitor: est & tacita, qua intelligitur accepta pecunia in causam leviorem, ad quam non pertinet *d. l.* 2. *h. t.* Apparet & hoc, quod imputatio tacita debitoris & creditoris eiusdem sunt effectus, quia jura nostra volunt, ut pecuniam imputet creditor in eam causam, in quam ipse potius soluturus fuisset. His autem obstare videtur *l.* 5. §. 2. *& l. Paulus* 101. §. 1. *h. tit.* quæ loca ostendunt, solutionem imputari posse in debitum naturale, quod tamen levius est, cum eius nomine nulla sit

actio:

actio: & in terminis *in d. l 5. h. t.* in usuras indebitas, id est naturaliter tantum debitas imputari pecuniam posse dicitur. Huius rei rationem Tr. peti jubet ex *l. 14. in f. d. pignor. & l. 4. C. d. usur.* quod scilicet pignus etiam pro naturali obligatione rectè obligetur. Hæc paulo ambigua & obscura, sed simplicissima responsio mihi esse videtur, quod frustra quæratur de imputatione in causam leviorem aut graviorem, ubi nominatim certæ causæ fit mentio, vel ubi ipsa res debita aut obligata certam speciem & causam obligationis concernit. Et adeò sicut fideiussor solvens ex ea causa hoc facere intelligitur ex qua tenebatur, ita quoque pignus venditum in illud tantum debitum imputatur, ex cuius causa obligatum fuit: secundum quod textus à Tr. citatos explicandos esse non dubito.

LIT. D.

Diximus in princ. h. th. lit. A. non posse partem solvi invito creditori: volente autem si pars solvitur dubio procul etiam pro parte tollitur obligatio, modo partes & re & intellectu dividuæ sint: quod si intellectu tantum sint dividuæ, non etiam re, veluti si homo debitus proponatur, pars etiam acceptanti debitori soluta, nisi in specie creditor á natura obligationis discesserit, non parit pro parte liberationem. Idque est quod Tr. hic dicere voluit iis verbis: hominem si generaliter vel alternativè stipulatus sit, & si partis dationem recipiat, non tamen partis solutione liberari promissorem, alteram alterius hominis partem solvendo: pro quo rectius dixisset, quod partis datione nec pro parte liberetur debitor, ne aliàs solvendo partem in alio homine cum injuria creditoris liberetur, juxta notata supra *d sp. 27. th. 4.* Et parte igitur hominis soluta in suspenso est liberatio, quæ perficitur, si in eodem homine pars altera solvatur: ceterum alio homine soluto, pars illa repetitur, ut d. loco explicatum est. Et hæc vera istius rei ratio est: illa autem Tr. fortasse non satis recta, quod electio sit debitoris, quem hominem ex generali vel alternativâ obligatione solvere velit: quoniam hîc magis spectatur favor creditoris, ne in duobus hominibus partes accipere teneatur: quamvis & debitori aliquando commodius esse possit, unum integrum hominem solvere, quam partes duorum. Sed Tr. istud proposuit, ut occasionem haberet inserendi hanc controversiam & quæstionem, si quis cum alter-

nativè

nativè deberet Stichum aut Pamphilum solverit utrumque, an quem velit condicere possit: quod Juliano placuisse videtur, ut salva maneat electio, quæ fuit ante solutionem: quam sententiam confirmavit *Iustin in l. pen. Cod. d. condict. indeb.* licet aliud fortassis visum Celso & Marcello *in l. 26. §. pen. d. cond. indeb.* de quo actum supra *p. 1. disp. 22. th. 4. lit. C.* etenim ista quæstio huc non pertinet, quia non dubitatur an liberetur ita debitor, sed cuius in repetendo electio sit quæritur.

Quid si plures homines.] Fœcunda hæc thesis est antinomiis, quarum tres iam proposuit Tr. unam de qua modò diximus, alteram lit. B. inter *l. 3. §. 12. d. donat. inter vir. & uxor. & l. 38. §. 1. h. t.* tertiam lit. A. inter *d. l. 38. in princip. & l. 95. §. 6. h. tit.* Sequuntur tres aliæ, & quarta hæc erit. Quæritur si ab uno pluribus plures servi debeantur, quomodo sit facienda solutio. Et distinguitur in *l. in stipulationibus 54. d. V. O.* an debeantur species vel potius individua, veluti Stichus & Pamphilus: an genera, veluti duo, quatuor &c. homines. Illo casu singulis creditoribus, singulorum hominum sunt solvendæ partes: hoc autem, singulis creditoribus singuli homines integri præstantur: quod posterius confirmatur in *l. si centum 117. d. V. O.* & illud prius *in l. cum Stichus 29. in princip. h. tit.* ubi traditur, si servo communi duorum dominorum, Stichus & Pamphilus promissi sint, non alteri domino Stichum, alteri Pamphilum solvendum esse, sed cuique partem Stichi & Pamphili. Sed alteri parti distinctionis obstat *vers. idemque est d. l. 29. h. t.* ubi dicitur idem esse, si duo Stichi & Pamphili, vel decem homines fuerint promissi. Et Cujac. *in d. l. 54. d. V. O. & lib. 15. obs. 14. in d. l. 29.* legendum esse censet, *idemque non est*: quam emendationem probabilem facit, quod in editione Florentina *in princip. d. l. 29.* ibi, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi non potest*, haud dubio abundat negatio, eaque iam d. vers. inserenda. Brissonius *lib. 1. d. solut.* distinctioni supra propositæ ex *l. 54. d. V. O.* tantum locum esse putat in pluribus hæredibus unius stipulatoris, in quibus etiam terminis tantum loquuntur *d. l. 54. & l. 117. d. V. O.* sed si plures homines sint promissi servo communi plurium dominorum, indistinctè divisionem fieri, non numero sed partibus specierum: quoniam enim singuli domini in servo partes pro indiviso habent, rationis esse videtur, ut pro iisdem partibus inter dominos fiat divi-

ſio:ſiquidem aliter ſi ſtatuamus, iniuria fieret domino, qui V.C. duas tertias in ſervo communi habet. Eandem ſententiam videtur ſequi *Robertus 2. animadverſ. 21.* quam tamen obſcurè & inconcinnè proponere videtur: & in eo quoque falli, quod commodius eſſe putat, diviſionem fieri partibus ſpecierum, quam numero, cuius contrarium, ex ipſa *l* 29. apparet. Tr. autem propriam opinionem ſequitur his verbis, *in qua ſi verſ. idemq́; eſt &c. non ad principium, ſed ad ſequentem comparationem referas, emendatione textus non eget:* quibus hoc ſignificare videtur, non fuiſſe mentem JCti in *d. l. 29.* hactenus idem eſſe, ut partibus ſpecierum diviſio fiat, ſed idem eſſe juris, ſi quis duos Stichos, aut decem homines ſervo communi dare promiſerit. Verum aut ego valde fallor, aut valde inſubtilis hæc explicatio eſt, iuxta quam ſubineptus erit JCtus, qui quid ſibi velit aut quid ſentiat, non decidit: quoniam nihil eſt quo verſ. ille referatur, niſi *ad pr. d. l. 29.*

LIT. E.

Generaliter verum eſt.] Ut rectè ſit facta ſolutio, oportet, ut rei ſolutæ dominium abeat à debitore, & tranſeat in creditorem. Hoc quo minus fiat, triplici ferè cauſa impeditur, *propter* qualitatem rei ſolutæ, perſonam ſolventis, & perſonam accipientis. Hinc 1. non ſequitur liberatio ſi res ſoluta ſit aliena: quo caſu non ſatisfit obligationi, ſed prior actio ſupereſt, perinde ac ſi nihil ſolutum eſſet, argum. *l. ubi.* 75. §. *ultim. d. Verbor. Oblig.* per notata ſupra *diſputat.* 7. *theſ.* 4. ubi notatum etiam, ſpeciale eſſe iis cauſis, quibus ſufficit præſtare rem habere licere. Et hinc ſequuta conſumtione, quæ eſt modus acquirendi dominii, liberatio ſequi ſolet. 2. non fit liberatio, ſi V. C. ſolvat, pupillus prodigus &c. niſi & hic quoque, ut paulo ante diximus, creditor conſumſerit pecuniam *l. 19. §. primo, d. reb. credit.* 3. non naſcitur liberatio, ſi pecunia ſoluta fuerit V.C. prodigo, pupillo, niſi per exceptionem: ſi penes eos adhuc extet aut bene collata ſit pecunia, ut notatum *th. 2. lit.* F. Ex eo autem quod dixerat, ita ſolvendum eſſe, ut nummi fiant accipientis, in exegeſi hac lit. E. ita infert Tr. *unde illa res quæ ſtipulatoris tempore ſtipulationis, aut ante ſolutionem fuit, & iam eſſe deſiit, ex obligatione ſpeciei præſtari nequit, & ſi in generis debito eam ſolvi poſſe ſit æquius.* Verum iſta inepta illatio eſt: ſiquidem utique res quæ tum amplius mea non eſt, omninò ita ſolvi po-

vi potest, ut creditoris maneat: & quod solvi non potest, non ea ratio est, quod non possit fieri creditoris, sed quod obligatio in ea aut ab initio non constiterit, aut postea consistere desierit, *l. qui decem* 72. §. *Stichum* 4. *h. t. l. Mevius* 66. §. *non idem.* 3. *d. legat.* 2. Adeoque apparet non alia de causa hoc propositum esse à Tr. nisi ut infarcire posset aliam & eam sub hac thes. quintam antinomiam inter *d. l* 72. *& d. l.* 66 ex quibus simul & ex verbis Treut. apparet duplex esse membrum huius quæstionis 1. si homo tempore stipulationis & contractus fuit in potestate stipulatoris. 2. si cum illo tempore in potestate eius non esset, postea aliquo casu ante solutionem eius esse cepit. Utroque casu, si ante solutionem res eius esse desiit, quæritur an solvi possit, nam utriusque eadem est ratio, siquidem in membro posteriori res in eum pervenit casum à quo incipere non potest. De illo respondet JCtus in *d. l.* 72. §. 4. *h. tit.* per distinctionem, an in specie, an in genere homo fuerit promissus. Si V. C. Stichum vel Pamphilum stipulatus sim, Pamphilus qui tum meus erat, licet postea meus esse desierit, solvi non potest. Sin homo promissus sit, eum quoque qui tum meus fuit si postea esse desierit, solvi posse respondetur in *d.* §. 4. ubi mox subiicitur, *vi quidem ipsa & hic ex his d ri stipul tus est, qui eius non erat:* quæ verba videntur continere rationem dubitandi, quod generalis oratio non minus comprehendat omnes homines, quam si in specie expressi fuissent, ut proinde qui tum stipulatoris fuit, solvi non posse videtur. Dissimulatur autem responsio, aut potius colligenda relinquitur ex casu seqq. si quis hominem ex his, quos Sempronius reliquit, stipulatus fuerit, posse solvi eum qui tum fuerit stipulatoris, si ante mortem reliquorum duorum eius esse desierit: est enim hic casus similis ei, quo homo in genere promissus fuit: &, quod responderi potest ad rationem dubitandi, generalis obligatio non ita afficit singulas species, ac nominatim facta earum expressio. Secundum quæ ita potius videbatur legendum in *dict* §. *quarto, vi quidem ipsa & hic ex his dari stipulatus est, qui eius tum erant:* sed juxta receptam lectionem explicatio alia adhibenda erit: quod licet creditor stipulando videatur tantum de his sensisse, qui eius non erant, nihilominus tamen eveniente casu quo servus eius esse desiit,

nihil obstare debere, quo minus rectè solvatur. Sed valde hic obstat responsum *Papin. in l. Mevius. 66 §. 3. d. legat. 2. juncta l. 16. d. V. O.* quibus locis probatur sive ab initio homo fuit legatarii sive postea eius factus fuerit, licet eius esse desierit, solvi eum non posse, & nominatim ibi de generis legato tractatur, & generalis ratio subiicitur, quod legatum hominis orationis compendio singulos homines contineat: quæ non minus in stipulatione ratio militat, in qua idem esse quod in legato nominatim *in d. §. Papin.* affirmat: Et duriusculum est quod *Brisson. libr. 1. d. solut.* verba illa, *eademque ratio stipulationis est*, licet ea aliàs importunius interiecta videantur, expungenda censet: quod præsertim, ut dixi, ratio generalis est, nec sufficiens differentiæ ratio. Cuiac. 14. *observ. 20.* more etiam suo textum emendat *in d. l. 72. §. 4. h. t.* & pro, *unum etiam ex his*, vult legi per modum interrogationis, *num etiam ex his, &c.* cuius emendationis per quam frivolum est fundamentum, quod in eodem §. mox ita loquitur JCtus, *num mortuis duobus &c.* & repugnat casus in extremo §. propositus, quem malè explicat Cuiac. ut simplicius fortassis hic Anton. Fab. dissensionem JCtorum agnoscat: quod re ipsa probat Tr. dum inter jus strictum & æquitatem distinguit.

Hominem debens.] Sequitur sexta judice *Fabro 2. coniect. 7.* antinomia. Quæritur an solvendo statu liberum, qui hominem debuit, liberetur. Rectè distinguit Accurs. quem vulgo sequuntur Dd. & post eos Tr. an debuerit hominem in genere, an in specie, veluti Stichum aut Pamphilum. Hoc casu aut V. C. Stichus fit statu liber sine debitoris facto & culpa, aut ipsius facto. Illic liberatur debitor si præstet hominem illum qualis est, quippe quo sine culpa eius mortuo vel manumisso, itidem liberatus fuisset, quæ ratio est Ulpian. *in l. statu liberum 9. §. illud. d. stat. lib.* ubi plus quam perspicuum est de servo in specie promisso, & sine facto debitoris statu libero effecto tractari: ad quem etiam casum pertinet *l. si m. hi 92. §. 1. h. t.* Hic autem accidit quiddam singulare, quod videlicet non potest contingere liberatio, propter culpam & quendam presumtum dolum debitoris: & tamen quia ipsa res promissa soluta est, non videtur dari eius condictio: ad quem casum singularem, argumento inscriptionis omninò referenda est *l. Nesennius 63. d. cond. & indeb.* cum aliàs regula juris sit, toties dari condictio-

dictionem soluti, quoties per solutionem non contingit liberatio *l. qui hominem. 34. §. ultim. h. tit. l. si non sortem 26. §. si decem. 13. d. condict. indeb.* Existimaverim planè, quod stipulator in istis terminis non teneatur accipere hominem, facto ipsius debitoris in eum statum deductum, ut sibi invito eripi possit, quod solutionis naturæ contrarium esse docet *Treut. in f. h. thes.* 3. Quod si ignarus acceperit creditor, crediderim superesse actionem, & exceptionem solutionis factæ in re debita, doli replicatione elidi posse. Quod si homo in genere promissus fuerit, solutione statu liberi non continget liberatio: ad eumque casum omninò referenda est *l.* 38. §. 3. *h. tit.* ubi Africanus respondet creditorem adhuc agere, & debitorem hominem solutum repetere posse: & nullius momenti sunt ratiunculæ *Anton Fabr.* quibus 2. *coniect.* 7. in hac quoque quæstione JCtos inter se dissensisse efficere conatur: & hanc etiam distinctionem probat *Cuiac. in d. l.* 38. *tract.* 7. *ad Afric.*

THESIS III.

LIT. A.

Acceptilatio de qua hac th. agitur, est quædam imaginaria solutio, opposita ei de qua duabus th. præcedd. actum fuit: & cum tamen commune habeat genus, & tollendæ obligationis modus sit, mirum non est, si, ut hic ait Tr. solutionis veræ habet effectus, & maximè in persona debitoris: qui ita non minus ac si verè solvisset, ab obligatione liberatur. Cæterum an stipulatio & acceptilatio sint juris civilis, & quo sensu acceptilatio juris gent. esse dicatur in *l.* 8. §. *ult. d. acceptil.* explicatum est supra *disp.* 27. *th.* 1 *lit.* C.

LIT. B.

Proponitur acceptilationis definitio ex *l.* 1. *h. t.* quod sit liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusq; ab eodem nexu contingat solutio. Hanc definitionem Tr. etiam acceptilationi simplici, quam non præcesserit novatio & Aquiliana stipulatio competere existimat: quod præcisè negant *Hottom.* 3. *observat.* 18. *Cuiac.* 5. *observat.* 36 sed glos. & Bartol. secundum utramque opinionem eam definitionem explicant. Verum utcunque fortassis hæc mens fuerit compositorum juris, qui in ipso limine hanc definitio-

nem collocarunt, quo nomine eos reprehendit Hottoman. *d. loc.* tamen perquamdura hæc videtur explicatio, per mutuam interrogationem, id est per verba hincinde mutuo ab interrogante & interrogato prolata. Verum in stipulatione Aquiliana prius debitorem, tum in acceptilatione sequuta creditorem interrogari constat. Neque movet, quod nulla acceptilatio quà talis mutuam habet interrogationem, & quod præcedens novatio ab acceptilatione est diversa: etenim, ut *Cuiac. 5. observat. 36.* sicut stipulationis Aquilianæ verbo & acceptilationem quæ illam sequitur intelligimus *l. 3. Cod. d. transact. l. 5. l. pacto. ff. eodem*, ita acceptilationis verbo plerumque & eam quæ præcessit stipulationem Aquilianam significamus: ut videlicet totus ille actus præparatorius simul comprehendatur, cuius cum acceptilatione coniunctio *ex § secundo Institut. quib. mod. tollit. oblig.* apparet. Sed illa verba definitionis, *qua utriusque ab eodem nexu contingit solutio*, difficiliorem habent explicationem. Et vix probandum videtur quod gloss. & Bartol. ibid. etiam creditorem quodam obligationis nexu attineri scribunt, quod nec probatur ex *l. 1. §. non autem. d. exercit. act.* nec ex *l quoties. 9. §. sicut. d. admin. tut. Cuiac. cit. loc.* hinc istud explicare conatur, quod contractus dicitur ultro citroque obligatio *l. 19 d. V. S.* Sed 1. istud particulare est, & quicquid contra disputat Gœdd. in *d. l. 19.* in stipulatione & aliis contractibus falsum, per notata *supra disp. 27. th. 1. lit. B. 2.* etiam in contractibus ultro citroque obligatoriis ita potest fieri liberatio, ut ab altera parte obligatio in suo statu maneat, ut rectè probat *Hottom. 3. obs. 18. 3.* verba *d. l. 1. h. t. eodem nexu* non obligationem duplicem in duobus, sed unā significare omninò videntur: quamvis ratione totius contractus unitas obligationis considerari possit. Et proinde differentia ista adiecta angustiorem faciet definitionem: quæ si defendenda est, probabilior erit Accurs. explicatio, quoniam negari non potest, quin inter debitorem & creditorem sit relatio mutua, & mutuus quidam quasi nexus & exinde, licet fortassis ex accidenti, mutuæ quædam præstationes: quo respexisse videri potest JCtus in *d. l. 1.* quo modo & paulò laxius si cum Accurs. accipiamus verba, *per mutuam interrogationem*, poterit ea definitio ad mentem Tribon. cuicunque acceptilationi applicari.

Differt porro.] Cuiac. *cit. obs. 36. inf.* ait à Latinis acceptilationem

nem distingui ab apocha, sicut distinguitur pignus ab hypotheca. Cum aũt inter hæc duo duplex sit distinctio, tum quod pignoris possessio sit penes creditorem, sed hypothecæ maneat penes debitorem, tum quod pignus in genere acceptum, sub se hypothecam tanquam speciem comprehendit: alterutrum horum quomodo hypothecæ & acceptilationi conveniat non satis intelligo. Et nimirum apocha nihil aliud est, nisi professio scripta acceptæ pecuniæ, sed acceptilatio ipsa liberatio est: & in apocha continetur solutionis factæ probatio, quam intercessisse apocha ostendit, ut apparet ex *l.* 19. §. 1. *d.acceptil. l. ex pluribus* 89. *in pr. d. solut.* |*l.* 13. *Cod. eodem.*

Et quia interrogatio.] Cum acceptilatio fiat per stipulationem, huius essentialia etiam in acceptilatione intervenire oportet: præterquam, quod acceptilatio etiam inutilis favore liberationis in se contiret pactum, per notata *supra disputat.* 27. *thes.* 1. *lit.* E.

Acceptum ferre possunt.] Propositio hæc, quod ij soli acceptum ferre possint quibus debetur, ita vera est, ut nec mandato creditoris alius id facere possit, veluti *Tr. ait, inf. h. lit.* quod nec per procuratorem, ita enim legendum est, accepto ferri possit: Neq; aliud dicit verbis paulo ante præcedentibus, *alios acceptum ferre non posse, nisi in eos per novationem transfusa sit obligatio*: præcedente scilicet ad novandum mandato, ut in F. lit. traditur. Et ea tamen exceptio paulo insubtilior esse videtur, quoniam post factam novationem, ipse iam V.C. procurator creditor est. Diversitatis autem ratio inter veram & fictam solutionem, initio hæc occurrit, quod acceptilatio cum remissio sit, incidit in speciem donationis. Sed dixerit quis, cum ex mandato speciali donare quis possit, nihil obstaturum, quominus etiam rectè acceptũ feratur: & tamẽ non sufficere hîc mandatum speciale probatur tum ex *l pen. h. t.* ex qua nec jussu domini servus acceptum facere potest: & præcipuè ex *l.* 13. §. *tut.* 10. *eod.* ubi indistinctè hoc negatur procuratori, sed novatio prius necessaria esse dicitur, ut rectè acceptilatio fiat. Constat autem novationem sine mandato non rectè fieri: & hoc difficultatem quodammodo auget, quod non minus ex mandato jus obligationem dissolvendi, quam facultas obligationem in se transferendi, competere debere videtur. Existimaverit fortasse quis, hanc rationem

tionem dari posse, quod mandatum de acceptum ferendo efficere non posse videatur, ut quis ab ipso domino creditore principali cui ex stipulatione debet, aut liberetur, aut utiliter liberare possit, cum nec ipse creditor aliam nisi verbis contractam obligationem per acceptilationem dissolvere posset. Nec convenire videbatur, ut per acceptilationem alterius obligatio in mea persona radicata extingueretur, nisi prius in creditoris persona extincta & in alium translata esset obligatio: quod contingit per novationem, quæ sine controversia volente creditore fieri potest. Eademque ratio est, propter quam nec ex mandato liberari quis potest, nisi prius per novationem procurator se debitorem constituerit *l.* 13 §. *tutor.* 10. *d. acceptil.* Nimirum legibus Romanis acceptilatio specialis quidam liberandi modus, & actus legitimus habitus fuit *l. actus* 77. *d. regul. iur.* Sed hic iterum occurritur ex *l.* 3. *h. t.* ex qua ostenditur, intercedente mandato per procuratorem & liberari & liberare quem posse: qui textus movit Bartol. *in d. l.* 13. §. 10. ut fateretur nullam se decidendi rationem ad eum §. videre posse, nisi quod ita placuisset JCto. Et ita sane est, si admittamus, ex mandato acceptilationem in utrumque casum fieri posse. Sed *quoniam hæc* sententia aliis textibus repugnat, ideo *Brisson lib.* 2. *d. solut.* ex *d. l.* 3. verba, *sine mandato*, expungenda esse censet: & Hottom. ad eundem finem pro, *sine mandato*, vult legi, *sine novatione.* Mitius agit *Cuiac. d. observat.* 36. *lib* 5. *& in d. l. actus* 77. *d. regul. iur lib.* 28 *quæst. Papin.* qui intelligit mandatum non de acceptilando, sed de novando. Illa autem quæstio, an acceptilatio actus sit legitimus affirmatur *à Brisson. d. lib.* 2. *& à Cuiac. lib.* 5. *obser.* 36. à quo nullam aliam in quæstione præced. nisi hanc ipsam video afferri rationem: citatus autem *Bart. in d. l.* 13. nullam affert, quin & nullam afferri posse putat. Existimo autem ex iam dictis, ipsam acceptilationem per se, citra stipulationem Aquil. consideratam, esse actum legitimum: tum quod textus in *d. l.* 17. indistinctè loquitur, tum quod præcedens stipulatio Aquil. acceptilationis sequentis naturam afficere & variare non potest, tum denique quia in Aquil. stipulatione nihil est nisi novatio, quam constat non esse actum legitimum.

LIT. C. & D.

Traditur hic insubtilis distinctio acceptilationis in simpli-

eem & Aquilianam: quoniam nulla talis est, sed Aquiliana novatio, per quam obligationes re aut consensu constantes transferantur in obligationem verborum, & ita obiectum habile acceptilationis efficiantur: & sunt illi duo omninò diversi actus, licet alter alterum subsequi soleat: qua de causa in §. 2. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* ista coniunguntur: quoniam per stipulationem Aquil. ideo fit novatio, ut utilis sit sequens acceptilatio. Et tamen nihil impedire video, quo minus in Aquiliana stipulatione, subsistere possint contrahentes, & haud scio an in jure nostro ullibi acceptilationis Aquilianæ mentio fiat. Et igitur non minus insubtile est quod addit Treut. per simplicem acceptilationem, obligationes verbis tantum contractas, sed per Aquilianam omnes tolli: quoniam eadem specie acceptilatio est, qua obligationes quæcunque tolluntur: idque ipsum agnoscere coactus fuit Treut. lit. C. dum ait Aquilium ostendisse, quomodo debita alia in stipulationem deduci, atque ita deducta per acceptilationem tolli possint.

L i t. E.

Expeditum est, accepto tantum ferri quod debetur: nec minus hoc, quod plura debita ex diuersis causis una acceptilatione tolli possint: quod & in solutione juris est: cum qua etiã hoc commune habet acceptilatio, quod utraque obligatio pro parte tolli potest *l.* 17. *h tit.* modò obligatio simpliciter dividua sit: cæterum homine debito pro parte fit acceptilatio, ut ipso jure liberatio sequatur *d. l.* 17. sed parte hominis actualiter soluta interim in suspenso liberatio est. Frustranea autem & insubtilior hoc loco videtur limitatio Treut. modò res divisionem recipiat: quoniam in terminis rei individuæ simpliciter & individuæ stipulationis, frustra quæritur de liberatione pro parte. Sed Treut. more suo captavit occasionem inserendi alienas quæstiones: cuiusmodi 1. est illa, an ususfructus sit dividuus an individuus & quo respectu: de quo tractatum *supra part.* 1. *disputat.* 16. *thes.* 3 *lit.* K. 2. an usustructus sine usu constitui & subsistere possit: de quo agitur *d. disputat.* 16. *thes.* 8. *lit.* B. quamvis in eo fallatur Treut. quod hoc respectu ususfructus dividuus dicatur, quod ab usu recipiat separationem, ut notatum *d. thes.* 3. *lit.* K. 3. an & quatenus ususfructus sit vel dicatur pars fundi: quod explicatum *d. disputat.* 16. *part.* 1. *thes.* 1. Cæteroquin in cit. *l.* 13. §. 2. *h. tit.* scrupulum movet, quod JCtus

ait, fundo promiſſo fruſtra accepto ferri uſumfructum vel viam, quia non ſint partes fundi, non magis quam ſi domo promiſſa, accepto ferantur cæmenta vel parietes: & utique tamen vulgatiſſimum eſt, quod parietes partem domus conſtituant. Sed exiſtimo partis verbo juxta materiam ſubiectam ſtrictius uti JCtum: etenim cum dicimus partem rectè accepto ferri poſſe, intelligimus partem, in quam, ut ita loquar, totum ſecari & dividi abſque ſuo interitu poteſt, ſive hoc fiat realiter, ſive intellectualiter, veluti in homine promiſſo: & ita ut ex partis ſolutione vel remiſſione creditor aut debitor utilitatem ſentiat: cuiusmodi partes non ſunt integrantes, veluti parietes aut tectum in ædificio, manus vel pes in homine, prora vel puppis in nave: cuiusmodi adeò partium acceptilationes ſunt inutiles. Fundus autem partes habet homogeneas, & in uſu juris ſolet ſignificare rem cum plena proprietate, cuius reſpectu uſusfructus non niſi pars integrans eſt, aut potius ſervitus juxta *d.* §.2. in quo hac in re uſusfructus & via comparantur: quamvis iſta quoad uſumfructum, mera civilis & nimis ſubtilis ſit ratio: quoniam ſi quis favere vellet acceptilationi, in promtu eſſet dicere, uſumfructum inſtar partis eſſe, & ab *ipſo fundo* recipere ſeparationem, ſiquidem totus ille fundus *noſter eſſe dicitur*, in quo alius habet uſumfructum *l. rectè* 25. *de Verb. Sign.* ita nihil abſurdi eſt ſi dicamus, eum qui promiſſo fundo accepto fert uſumfructum, videri tantum ſibi retinere nudam proprietatem: maximè cum alibi, qui uſumfructum fundi ſtipulatur, ſimilis eſſe dicatur ei, qui partem fundi ſtipulatus eſt *l. qui uſumfructum* 58. *d. V.O.*

LIT. F. G. & H.

Vtraque tamen.] Negat acceptilationem poſſe fieri ſub conditione vel in diem ex *l.* 4. & 5. *h. tit.* idque limitat obtinere in conditione expreſſa, & hoc mox ampliat, etiamſi conditio ad præſens vel præteritum tempus relata ſit. Cui ſententiæ obſtat. 1. quod prædicatum de conditione in dubio intelligi debet de conditione ſecundum eſſe, quæ re vera talis eſt: conditio autem de præſenti vel præterito, tantum eſt conditio ſecundum dici, & ratione externæ formæ verborum, de qua proinde non videtur accipienda *l.* 4. *h. t.* 2. quia ratio *d. l.* 4. hæc eſſe videtur, quod actus legitimus non poteſt ſuſpendi ex incerto eventu conditionis extituræ.

arquin

atquin conditio eiusmodi non suspendit actum, per *§. conditiones. 6. Instit. d. Verb. Oblig* ubi Justin. ait, quod huiusmodi conditiones non differant nec morentur obligationem. Sed fortassis responderi possit, rationes istas obtinere in simplicibus obligationibus, ut videlicet istæ conditiones non impediant, quominus ab initio aut pura aut nulla sit obligatio: secus autem esse in actibus legitimis, qui natura sua absolutam desiderant puritatem, & non tantum conditionem, sed etiam diem & omnem dilationem respuunt: conditiones autem istæ moram utique iniiciunt & dilationem, quoniam inquiri oportet, an res ita se habeat nec ne: nam ut habetur in *d. § 6 inf.* ista non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint: in actibus autem legitimis certitudo in ipsis agentibus, & constans determinatumque propositum requiri videtur. Et V. C. nemo dixerit emancipationem ita fieri posse, *si Titius consul sit vel fuit:* nemo etiam admiserit, ita fieri posse adoptionem, vel hæreditatis aditionem, de qua est textus in *l. eum qui §. fin. d. acquir. hæred.* Et ita *Zas. in l. cum in præses. 37. d. reb. cred.* statuit, actus legitimos etiam per has conditiones vitiari: secundum quem idem statuendum videtur in acceptilatione, licet de ea in specie nec Zas. tractet nec *Ioh. Fab in d. §. conditiones. Institut. d. Verb. Obl.* quos fide Gothofredi in *l. 4. h. tit.* Treut. citavit. Plane non omnium actuum legitimorum eadem ratio est, & ipse Zas. aliquas species excipit, inter quas haud scio annon referenda quoque sit acceptilatio, quippe quæ fit per modum contractus, per stipulationem, neque, ut emancipatio, adoptio vel aditio hæreditatis certum & determinatum propositum desiderare videtur, sed sufficere, si modò re ipsa pura sit liberatio, cum nec ulla ratio afferri possit alia ad *l. 4 h. t.* quam quod repugnet solutioni, suspendi sub incerto eventu. Et hoc confirmatur quoniam acceptilatio locum habet si debitum sit conditionale vel in diem, ut tradit *Treut. lit. H. & lit. F.* quod acceptilatio admittat conditionem tacitam, veluti si quis animo dotem dandi acceptum ferat, conditio censetur inesse obligationi, si nuptiæ fuerint sequutæ *l. licet 43. d. iur. dot.* Et ad hunc casum acceptilationis factæ sub tacita conditione refert Tr. *lit. F. l. 12. & 21. h. tit.* adeoque cum ibi proponantur casus obligationis sub conditione vel in diem, non video quid aliud proponatur à Tr. sub lit. H. ubi tradit quod debitum in diem vel sub con-

ditione rectè accepto feratur. Et sanè Bartol. etiam in *l. 12. & in l. in diem 5. h. t.* hæc ita inter se coniungit, quod in *d. l. 12.* acceptilatio fiat sub tacita conditione. Cæterum rationem eius rei, quod acceptilatio in diem vel sub conditione fieri non possit Tr. reddit lit. G. quod idem operetur fictio in casu ficto, quod operatur veritas in casu vero: quæ ipsa ratio est JCti in *d. l. 5.* quod videlicet acceptilatio debeat liberare ad instar solutionis: esset autem, ut in *d. l. 5.* etiam Bartol. notat, contradictionis instar, liberari aliquem, & liberationem differri sub conditione. Atquin ubi ipsa obligatio conditionalis est, nulla eiusmodi occurrit contradictio, cum acceptilatio sit ibi proportionata ad naturam & qualitatem obligationis, quæ purificata per existentiam conditionis, ipso quodammodo momento operari incipit acceptilatio, ut retro debitor nunquam obligatus fuisse videatur. Et hæc comparatio solutionis & acceptilationis, confirmatur ex *sub conditione. 16. d. solut* ubi dicitur si sub conditione debitum sit, pecuniam actualiter posse numerari, ut in eventum existentis conditionis debitor sit liberatus: quem textum miror à Bart. tanquam contrarium adduci, ad probandum, quod solutio possit fieri sub conditione: nisi forte Bartol. obstare putat verba extrema *d. l. 16.* quibus dicitur pecuniam factam esse creditoris antequam existeret conditio. Non dicam quod alibi Cuiac. in *d. l. 16.* legendum esse, *quod ante eius pecunia facta non est*, ut not. *supra disput. 21. thes. 7 lit. H.* sed potius, pecuniam dici factam creditoris interim quoad naturalem possessionem, non autem quoad dominium, quippe cum nulla dum sit causa ex qua dominium potuerit transferri: ideoque nec opus est argutia Bartol. an conditio sit adiecta solutioni vel acceptilationi, an utriusque effectui.

THESIS V.

LIT. A.

Per stipulationem.] Est enim novatio nihil aliud, nisi prioris obligationis in aliam stipulato facta translatio vel transfusio *l. 1. h. tit.* Et hanc tamen post *Althusium 1. iurisprud. Roman. 69.* hodie etiam pacto nudo fieri posse ait Treut. reddita hac ratione, quod pacta nuda ex consuetudine obligent: quæ ratio non videtur concludere, quoniam potest obligatio efficax addi, ut tamen non fiat nova-

novatio, veluti contingit per constitutum. Et utcunque ita colligas, quæcunque conventio parit actionem, per eam accedente animo & voluntate novandi, fieri posse novationem: fortassis tamen in istis terminis consequentiam negabo: quoniam cum præter & contra rationem juris, imò contra jus receptum sit, ut ex pacto nudo actio nascatur, istus minimè extendendum, & ad eum etiam effectum, ut novationem inducat, porrigendum est: cum aliàs etiam nudum pactum infirmius esse videatur, quam ut obligationem civilem consumere possit. Et ita omninò statuendum puto, quod per pactum, etiamsi de novando actum sit, ipso jure non tollatur obligatio prior; sed tollatur tamen per exceptionem propter contrahentium voluntatem.

Differt à solutione. Utique ubi novatio fit ipso jure, ex obligatione priori nihil prorsus remanet, eaque in re solutioni similis est, à qua in hoc potius diversa videtur quod solutio re ipsa & factis, novatio autem verbis contingit.

L i t. B.

Distinguit novationem in delegationem & novationem in specie dictam: & hanc esse dicit cum mutatur res: illam, cum mutatur persona. Sed utrumque dubium esse videtur: quoniam 1· inter easdem personas rectè fit novatio eodem debito manente, modo in alio quocunque mutatio fiat, ut apparet ex *l. quoties 14 in princip. & §. 1. h tit. §. præterea. 3. Instit. quib. mod. tollit. obligat. vers. sed si ead.* ubi novationem fieri docet Justin. si modò aliquid novi sit, veluti si conditio dies aut fideiussor adiiciatur vel detrahatur: & in *l. 8. in princip. h. tit.* sufficit saltem intervenisse moram ut novationi sit locus. Deinde ex adverso mutata persona videtur novatio in specie dici posse. Equidem si Titius Seij creditor & idem Sempronij debitor jubeat Seium quod sibi debet promittere Sempronio, ea procul dubio delegatio erit. Sed & si Seius sine mandato Titij promiserit Sempronio, ratihabitione demum sequuta fit novatio, (quia non potest Seius suo facto sese eximere ab obligatione Titii) *l. si quis. 22. h. tit.* & ita cum retrocurrat ratihabitio, ista quoque delegatio erit. Sed si quis cum Titio nihil deberet, animo novandi promiserit Sempronio, quod ipsi Titius debet, non dubitaverim fieri novationem: quoniam cuivis permissum est, debitore etiam ignorante, eius obligationem permit-

tente creditore, in se suscipere & transferre. Sed an ista delegatio habenda sit, non immerito dubitare liceat, maximè si donandi animo quis promiserit: cæterum si animo negotiorum gestoris, quia perinde ac si pro ignorante solvisset, actionem negotiorum gestorum habet, videri possit quasi tacita quædam delegatio: quamvis non satis conveniat quod Treut. thes. sequen. delegationem in specie definit mandatum: (& quod eadem thes. lit. A. ita opponit delegationem, quod ea semper requirat interventum novæ personæ: quod non requirat novatio: ex quo arguitur quod etiam in novatione possit intervenire nova persona) sicut & illa species delegationis, quæ per litis contestationem fieri dicitur *l. 11. h. tit.* utique in se mandatum necessariò non habet: nisi in genere delegationem quis appellare velit, quoties in locum debitoris alius subrogatur. Et videri possit suspecta tota ista distinctio in delegationem & novationem in specie dictam: quoniam si delegatio, ut thes. sequen. tradit Treut. mandatum est, quo creditor debitorem, quod sibi debetur alteri promittere jubet, delegatio nullo modo novatio est, sed juxta delegationem facta promissio inducit & facit novationem. Et fortassis simplicius *quis dixerit:* novationem fieri vel mutata re persona ve, vel manente re & persona: & hoc, dummodo aliquid adiiciatur detrahatur vel mutetur. Persona mutatur vel intercedente mandato debitoris, & hoc sive vero sive ficto, sequuta ratihabitione: vel sine mandato, si quicunque alius nomine debitoris promittat vel judicium suscipiat: quo ipso casu procul dubio etiam circa rem aliquid mutari potest: ut vel hinc tanto minus distinctio Treut. sit accurata. Neque movet *l. 11. h. t.* quoniam est tropus antecedentis & consequentis: neque enim propriè loquendo delegatio fit per stipulationem, sed delegationem stipulatio & novatio subsequitur: & non nisi abusivè totus ille actus mandati præcedentis & stipulationis subsequentis, delegatio appellari potest.

LIT. C.

D ce debiti.] Ostendit explicare se velle, quod dixerat, novationem esse debiti seu obligationis translationem: quod si enim, inquit Treut. aliud debitum in obligationem deducatur, non erit novatio, sed alia separata obligatio. Ubi apparet fallaciam committi homonymiæ in verbo, *debiti*: siquidem ipse lit. B. ades-

ad essentiam novationis requirit, ut rei debitæ mutatio fiat: cui consequenter necessum est, aliud debitum in obligationem novam & stipulationem secundam transferri. Sed Treut. hic intelligit aliud debitum, quod sibi relatione ad prius & sine subrogatione in locum istius, in obligationem aliam deducitur. Et tamen non in eo positum est, an novatio fiat nec ne, quod res eadem vel alia in obligationem venit, sed quod animus novandi intercedit vel non, maximè more hodierno, post *l. ultim. Cod. h. tit.* quod ipse agnoscit Treut. dum subiicit, *nisi id agatur inter partes.*

Obligationem qualemcunq;] Subiicit, *modo obligatio fuerit* Sed hoc paulo insubtilius monetur, siquidem nulla obligatio non potest dici obligatio, & frustra de ea quæratur, an possit novari, cum non entis nullæ sint qualitates. Ideoque hoc inferendum erat, cessare novationem, ubi nulla est obligatio: & thesis explicanda per obligationis species: novari posse obligationem, sive re, verbis aut consensu contrahatur, sive sit ex delicto sive contractu, & utroque vel vero vel quasi: & præcipuè, de quo dubitari poterat, sive sit naturalis sive civilis, ut traditur *l. 1. §. 1. h. tit.* & illud de naturali obligatione hoc exemplo illustratur, si pupillus sine tutoris autoritate promiserit. Quæ verba duplicem recipiunt intellectum, tum quod obligatio à pupillo sine tutore contracta, ab alio possit novari: tum quod obligationem alterius rectè constitutam, pupillus sine tutore possit novare. Et utraque explicatio recta est, sed posterior convenit *d. l. 1. §. h. tit.* ubi dicitur sufficere, quod sequens obligatio naturaliter teneat: an autem & quatenus pupillus obligetur naturaliter, explicatum est supra *p. 1. disp. 6. thes. 5.*

Nam quæ non est, tolli nequit.] comprobat hoc exemplo obligationis conditionalis: quæ tamen comparatio tantum est secundum quid, quod scilicet nondum hic nata est obligatio, & neque cessit neque venit dies: cæteroquin cum utique hic conventio intercesserit: & conditio quandocunque existens retrotrahatur ad tempus contractus, ut hic ab initio purè initus videatur, & licet conditione adhuc pendente spes sit debitum iri, non potest res perinde haberi, ac si nihil omninò actum esset. Et quidem alia obligatio vel stipulatio, vel remissio & qualiscunque

actus,

actus nihil in eiusmodi obligatione operari possunt, quod de præsenti exitum habeat & effectum: sed tamē operari possunt in eventum conditionis existentis, & ita utiliter adhiberi obligationi conditionali, qui frustra adhibeantur ubi nihil plane conventum est. Et ita in obligatione conditionaliter concepta, isto modo locum habet acceptilatio *l. 12. & 21. d. acceptil.* habet itidem locum novatio *l. 8. §. 1. h. t.*

LIT. D.

Distinguit novationem in specie dictam quod eam inducat vel stipulatio, vel litis contestatio. Ubi tria vitia occurrunt. 1. quod ista distinctio non est propria novationi in specie dictæ, sed etiam communis delegationi, *l. 11. §. 1. h. tit.* 2. majus vitium est, quod cum novationem non tantum in genere acceptam, definiat mutationem factam per stipulationem, sed etiam novationem in specie, translationem in novam stipulationem: species tamen altera quam generi & proximo & remotiori subiicit non fit per stipulationem, sed altera tantum. Absurdum autem est, speciem subiicere generi, cuius definitio, adeoque essentia de specie *prædicari* non possit. Tertium vitium est quod per litis contestationem existimat fieri veram novationem: quod contra se habere ostendemus lit. sequen. hic cætera quæ tradit Treut. breviter percurremus.

Voluntariam appellat novationem, quæ quippe per stipulationem fit voluntate personarum: quarum Treut. requirit habilitatem ut novatio fieri possit, & inde infert, prodigos, furiosos, servos & pupillos non posse novare. Atquin imò in *l. 1 §. 1. tit.* dicitur sufficere ut sequens obligatio naturaliter teneat, veluti si pupillus sine tutoris autoritate promiserit. Et ideo Treut. intelligendus est vel de novatione omnimodo efficaci in persona novantis, vel de novatione obligationis non propriæ sed alienæ, cum sibi imputare debeat, qui à pupillo stipulatus est, qui re ipsa & effectu amisit obligationem, cum nullam actionem vel retentionem habeat contra pupillum, quo respexit Justin. *in §. præterea 3. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* ubi pupilli stipulationem inutilem esse ait: quæ tamen hactenus tenet, ut prior obligatio consumatur. Ad eundem modum filiusfam. non poterit novando tollere obligationem patri quæsitam *l. non ipeo 25. h. tit. l. si unus 27. in pr. d. pact.*

Cæte-

Cæterum cum, ex omnibus causis ad instar patrisfam. obligetur *l. 39. d. O. & A.* utique alterius obligationem in se poterit transferre. Sed hic eadem pro Tr. parata est defensio, quod ei propositum sit tractare non de delegatione, sed de novatione in specie dicta, quæ fit inter easdem personas. De prodigo responsum est, non posse eum novare, nisi conditionem suam faciat meliorem *l. 3. h. t.* qua in re cum utatur eodem jure quo pupillus, tentari possit idem in eo obtinere quod de pupillo responsum est in *l. 1. §. 1. h. t.* Servorum autem novatio istum effectum non habet *d. §. 3. vrs. non idem Inst. quib. mod. toll. obl.* ubi traditur obligationem priorem in suo statu manere: quo tamen non obstante, rectè defendi puto, quod servus ex eiusmodi promissione naturaliter obligetur argum. *l. 14. d. O. & A.* per notata *disput. præced. th. 2 lit. D.* Multo minus obligationem domino quæsitam ex contractu suo novando tollere poterit. Et Treut. quidem plus adducta *l. 19. d. fideiussor.* non obscurè existimat, eandem hic fideiussionis & novationis esse rationem, ideoque nec dubitare videtur, quin ex causa peculiari servus novandi habeat facultatem. Sed differentiæ rationem facit, quod ubi servus ex causa peculiari fideiubet, contra debitorem, si ex fideiussione solverit, est regressus: sed per novationem obligatio consumitur; quod servo permittendum non videtur. Et ita responsum est in *l. servus 16. h. t.* quod servus nec peculiarem obligationem sine consensu domini novare possit: quod & in genere traditum est de iis qui sunt in potestate aliena in *l. 27. in pr. d. pact.* & in *l. 25. h. t.* Sed pro Tr. pugnat. 1. regula *l. 10. h. tit.* quibus solvi potest, hos etiam rectè novare: procul dubio autem servo ex causa peculiari rectè solvitur. Resp. regulam istam procedere in his qui sunt sui juris & sibi acquirunt, sed fallere in his, qui sunt sub potestate aliena, ut expressum est in *d. l. 27 & d. l. 25* Deinde aperte pro Tr. est *l. 21. d. iureiur. & l. ult. in pr. h. t.* ubi nec dubitandum esse ait Cajus, quin servus peculiare debitum novandi jus habeat. Respondendi potest vel quod particula, *maximè*, in *d. l. ult. in pr* debeat accipi tanquam correctiva vel limitativa, quod servus novare possit, si conditionem suam faciat meliorem: vel quod intersit an servus simpliciter peculium an verò in specie concessam habeat administrationem: vel potius an simplicem, an liberam peculii administrationem ipsi dominus concesserit: quæ Accursii distinctio

est & vulgo Dd. qui non dissimiliter inter procuratores qui simplicem & qui liberam administrationem habent, distinguunt, de quo actum supra *p. 1. d. sp. 27. th.* 5. Aut fortassis in hac etiam quæstione non convenit inter Proculianos & Sabinianos, quorum circa eiusdem generis quæstiones, de servo intercedente, compromittente, judicium accipiente, jusiurandum deferente, dissensionem notat *Cuiac. 8. obs. 11.*

LIT. E.

Hic de altera specie novationis aliquid attingit Tr. quam ipse necessariam appellat, quoniam inducatur per litis contestationem, ad quam, ut Tr. loquitur, reus nolens volens compellatur: quod quidem supra communi Dd. sententiæ refragari ostendimus, licet hodie iuxta ordinationem Cameræ reo tergiversante lis in contumaciam pro contestata soleat acceptari. Plane dicitur necessaria illa quæ vulgo appellatur novatio, quatenus confertur cum altera specie: cęterum in litiscontestatione procul dubio consensus partium inest, quo respectu judicio contrahi dicitur *in l. 3. § 11. d. peculio.*

Sed istud explicandum erat, an omninò & *qualis* ea esset novatio quæ dicitur fieri per litis contestationem, quippe quæ rectius negari videatur, maximè si tanquam species cum altera quæ per stipulationem fit æqualiter subiecta generi consideretur. Uti solent autores istius sententiæ textu in *l. aliam. 29. h t.* quod scilicet oppositio novationis voluntariæ & litis contestationis arguere videatur, hanc esse necessariam novationem. Sed eam consequentiam negat *Brisson. lib. 2. d. solut. rubr. d novat.* ubi ait, quod verbum *voluntaria in d. l. 29.* non distinctionis gratia positum sit, sed tanquam proprium & perpetuum epitheton cuiuscunque novationis. Et tamen negari non posse videtur, quin ea oppositio, quæ aliàs insubtilis imò inepta esse, arguat, litis contestationem aliquid habere commune cum novatione quæ fit per stipulationem: in quam rem textus est in *l. 3. §. idem scribit. d. pecul.* ubi JCtus, sicut stipulatione, ita judicio contrahi affirmat, eiusque rei elegans effectus ibidem proponitur, quod cum ex delicto actio pœnalis de peculio in patrem non detur *l. ex pœnalibus. 58. d. reg. iur.* judicio tamen accepto, & condemnatione sequuta, actio judicati de peculio in parem detur, quæ dari non posset, si nihil novi actioni pœnali

nali per judicium acceptum & litis contestationem accessisset. Et igitur JCtus in *d.l.29. in pr.& §.1.h.t.* ostendere voluit, aliquid novi accidere obligationi per litem contestatam, sed non eodem modo aut gradu nec cum iisdem effectibus, quos habet novatio voluntaria: ideoque non stringit argumentum Brisson. quod juxta §.1. *d.l.29.* effectus novationis non insint litis contestationi: quoniam nec Dd. quos male ibi reprehendit, hoc statuunt, sed aliquid tantum novi accidere defendunt: & ita Bart. docet in *d.l.29.* hactenus novationem fieri per litis contestationem, quod actio post eam novas quasdam assumat qualitates, veluti quod quæ fuit temporalis & morte rei peritura, judicio inclusa perpetua & transitoria in hæredes efficiatur. Sed videri possit levem huiusmodi mutationem novationis appellatione & nomine esse indignam: & si accuratius examinetur sententia JCti in *d.l.3.§.11.d.pecul.* ille non tam litis contestationi, quam potius & magis sententiæ effectum novandi adscribere videtur: dum videlicet ait, non originem judicii, sed ipsam veluti judicati obligationem considerandam esse: & mox adiicit, idem esse in defensore condemnato. Et ergo videndum, an sententia, vel totus ille tractus judicii, una cum litis contestatione, & qualem faciat & inducat novationem. Et Brisson. cit. loc. admittit quod judicati actione prior actio novetur: ad quod præter *d.l.3 §.11.d.pecul.* adducit *l.si fundus 16.§.si pl uris.6 d.pign.* ubi dicitur causa transire in condemnationem, & inde pecunia deberi: eoque pertinet quod post sententiam nascitur nova actio judicati, & ad eius instar dicitur introducta actio in factum ex jureiur. *l.8.C.d.reb.cred.* jusiurandum autem habet vim novandi *l qui novasse.26.§.ultim.d iuriur.* imò solutionis *l.27.eod.* ut tanto magis idem de re judicata sit statuendum. Accedit textus in *l.in bonæ 13.C.d.usur.* ubi dicitur, post rem judicatam ex nulla alia causa quam judicati usuras peti posse: quod si prior obligatio superesset, ex ea utique usuræ peti possent. Facit quod in *l.delegare 1.h.t.* per litis contestationem dicitur fieri delegatio, hæc autem novationis species est. Et denique in terminis videtur hæc sententia probari ex *l.3.C.d.usur.rei iud.* ubi Justin. ait, quod per actionem judicati prior contractus novetur. In hac quæstione distinctio prima est, an quæratur de sententia absolutoria an condemnatoria. Illo casu levis & exigua ratio est dubitandi, an propriè loquendo

fiat novatio, ſed nonniſi hoc quæri poteſt, an & quomodo prior actio & obligatio per ſententiam ſublata cenſeatur, de qua quæſtione alibi diximus & probavimus, quod per ſententiam abſolutoriam nec civilis nec naturalis obligatio ipſo jure tollatur. Hoc autem caſu & in terminis ſententiæ condemnatoriæ, occurrit ſubdiſtinctio, an actum fuerit in rem an in perſonam. In illa omninò affirmandum videtur, quod ſive per litis conteſtationem ſive per ſententiam ea non movetur: quoniam deſcendit ex dominio, cuius vigore contra quemcunque poſſeſſorem actio datur: & utcunque ponas eundem poſſeſſorem cum quo actum eſt, fieri tamen non poteſt, ut actio ipſo jure reſpectu huius novata dicatur, cuius cauſa videlicet dominium perpetuo penes actorem manet: cui accedit quod actio judicati in perſonam eſt, ſed vindicatio magis ipſam rem reſpicit: & huc pertinet *l. 9 §. 1. d. except. rei iudicat* quæ perſpicuè oſtendit, quod etiam poſt ſententiam contra eundem actio in rem ſuperſit. Sed præcipuè controverti videtur de actionibus perſonalibus, quæ deſcendunt ex obligatione, circa quam demum ceu proprium obiectum novatio occupatur. Et quod nec hic vera fiat novatio, ſed etiam poſt ſententiam prior actio remaneat, his argumentis effici videtur. 1. per *l eum qui* 30 *in pr. d. iureiur.* ex qua probatur, quod poſt juſiurandum ſuperſit actio prior, licet per juſiurandum novatio fieri dicatur *l. 27. §. ultim. d. iureiur.* eadem autem juriſiurandi & rei judicatæ & actionis utrobique competentis ratio eſſe videtur arg. *l. 2. d. iureiur. l. 8. C. d. reb. cred. l. post rem* 56. *d re iud. §. item ſi* 11. *Inſtit. d. act.* 2. facit textus in *l. 2. C. d. iudic.* ubi poſt factam condemnationem adhuc agi poteſt tutelæ. 3. Textus in *l. 13. §. etiam* 4 *& l. 16. § creditor.* 5. *d pign* ubi poſt rem judicatam ſupereſt actio hypothecaria. 4. Adducitur quod etiam poſt rem judicatam obligati manent fideiuſſores *l. 8. §. 3. d. fideiuſſor* & notatur *diſp.* 3 *rac. th. ult. tit. E.* 5. producit Accurſ. in *l. 3. C. d. uſur. rei iudic.* textum in *l. argentarium* 45. §. 1. *d. iud.* ex quo etiam poſt ſententiam circa judicatum faciendum ſpectatur locus cõtractus in quo initio pecunia accepta fuit. 6. fortiter videtur facere *l. fideiuſſores.* 41. § 1. *d. fideiuſſor.* juxta quem etiam poſt ſententiam actio cedi poteſt. 7. quod nemo judicium accipiendo conditionem ſuam debet facere deteriorem. 8. quod in *l. 29 §. 1 h. t.* omnes fere effectus novationis removentur à litis conteſtatione, in qua quod non

eſt,

est, nec in sententia esse videtur. Denique facit, quod inter modos tollendi obligationem, litis contestationem & sententiam nusquam referri videmus. Et hanc opinionem, quod post sententiam prior actio remaneat, cõmunissimè sequuntur Dd. *Accurs. in d. l 3. C. d. usur. rei iudic. Cyn. ibid. & in l. 1. C. d. iudic. num. 7. Bart. in d. l. aliam. 29. h. t. Ias. in d. l. 1. C. d. iudic. col. 4. sub fin. Zas. in l. si à te 9. §. 1. & in l. evidenter 16. d. except. rei iud. & novissimè Ant. Fab. in l. 7. §. si procurator. 9. d. ool.* ubi ait quod nullus præter Tribonianum dixerit per sententiam novari actionem: & hic tamen sibi directo contrarius 16. *coniect.* 5. & 14. ubi ut novam aliquam & falsam sententiam tueatur, omninò contendit, per sententiam fieri novationem. Utriusque opinionis rationibus plerisque non difficulter satisfieri posse videtur: & ad eas quæ novationem probare videntur, generalis responsio est Dd. quod per litis contestationem & sententiam aliqua nova fiant, novæ qualitates, nova actio & novi quidam effectus accedant, quorum aliquos refert *Accurs. in d. l. 3. C d. usuris rei iudic.* sed quod non sit novatio vera, nec quæ consumat actionem priorem, sed quæ actionem novam priori adiiciat, eoque à Jas. *d. loc.* novatio accumulativa appellatur: ut nihilominus adeò verum sit, causam deduci in condemnationem, & ex judicato pecuniam deberi: secundum quæ explicandum erit, quod traditur in *d l ult. C. d. usur rei iud.* cum aliàs sæpè pinguiori Minerva loqui soleat Justin. seu potius Tribon. Argumentum ab exemplo jurisiurandi retorquetur, quoniam hic manet actio prior *l. 40 in pr. d. iureiur.* ut tractatum *sup. p. 1. disp* 21. In *l. 13. C. d. usur.* tractatur de actionibus bonæ fidei, in quib. debentur usuræ ex mora, pro quibus nulla separatio actio est, sed veniunt officio judicis *l. 49. §. 1. d. act. emt.* in iis autem usuris quæ ex stipulatione debentur, secus obtinere ostendit *l. 1 C. d. iud.* Sed & rationes alterius opinionis ita fere removeri possint, quod absurdum censeri non debeat, si in his terminis ad effectum novandi plus operetur sententia, quam simplex præstatio jurisiurandi. In *l. 2. Cod. d. iud.* specialis est ratio, quod judicium tutelæ utpote generale, non ita facile consumi potest, quo minus super omissa specie repeti queat. Ad *l. 41. §. 1. d. fideiussor.* dici potest, vel quod ibi præcesserit pactum de cedendis actionibus, quo casu tanquam ex venditione actiones præstari intelliguntur *l. Modestin. 79. d. solut.* juxta notata *disp. praced. th. 6.* vel potius quod ibi agatur

de pluribus mandatoribus, quorum uno electo & condemnato cum cæteri non liberentur, ut tractavimus *d. disp. prec. th. 1. lit. B.* consequenter adhuc superest actio quæ cedi potest. In *l. 13. & 16. d. pign.* proponitur actio hypothecaria realis, in qua specie actionum jam ante diximus non contingere novationem. Nihil autem movet *l. 8. §. 3. d. fideiussor.* cum similibus quia constat hactenus diversam esse rationem novationis de qua quæritur, quod per eam pignora & fideiussores non liberantur *l. 29. h. t.* sed hoc saltem quæritur, an actio prior perimatur. Neq; hoc modo potest censeri deterior facta conditio actoris, qui consequitur actionem pleniorem & utiliorem. Hæc licet ita sint, ego tamen in Dd. communem opinionem proclivior sum. Neque mirandum est, si vix aut obscurius de priori actione superstite mentionem fieri deprehendamus, quoniam imprudens futurus sit actor, qui non malit uti actione judicati, quæ expeditissimum, & pene executivum habet processum, & in qua citra ullum probationis in principali onus, obtinet, qui hoc saltem, judicatum esse, ostendere potest.

LIT. F.

Hodie fieri debet expresse] Olim etiam non factam fuisse novationem, nisi hoc ageretur, & novandi animo stipulatio interponeretur, colligere licet ex *l. 2. l. 6. in pr. l. 8. §. 1. l. 31. in pr. & l. 32. h. t. notat Gœdd. de contrahenda stip. cap. 5 num. 261.* Neque tamen necessum fuisse videtur, ut nominatim hoc verbis exprimeretur, sed sufficiebat ex coniecturis & circumstantiis hoc colligi posse, ut aliquando novatio fieret, modo non expresse contrarium actum fuisset *l. Item 30. d. iure dot.* quod pluribus confirmat *Ant Fab. 3. coniect. 3* ubi etiam recte hoc docere videtur, ubi nihil occurrebat, ex quo novatio aut voluntas novandi colligeretur, expresse hoc agi oportuisse, veluti si aliàs posterior stipulatio inutilis futura, aut in posteriori minus fuisset, quo referri potest species *l. qui usumfructum. 58. d. Verbor. Obligat.* (per quem text. idem notant *Cyn. in l. ult. Cod. h. t. num. 3. Bart. in l. pen. d. prat. stipul num 3.*) quam sententiam sequitur Tr. *in pr. h. lit.* ubi improbat Cuiac. qui videlicet in *d. l. 58.* verbum, *specialiter*, à Tribon. adiectum putat. Cum autem hoc admisso, ut etiam ex præsumta mente contrahentium & ex coniecturis novatio induceretur, frequenter accidere necessum esset, ut an novatio facta esset nec ne, controversiæ inciderent, Justin. ad tollendas

istas

istas controversias & ambiguitates, in universum constituit in *l. ultim. C. h. t.* ut nunquam novatio facta intelligi debeat, nisi hoc expresse dixerint contrahentes, cæteroquin obligatio alia priori accederet & adderetur: idque est quod ait *Iustin. in d. l. ult. vers. & generaliter*, se generaliter definire, non lege esse novandum, id est coniecturis ex lege aliqua petitis, sed voluntate, id est expressa partium conventione: ut proinde inepti sint, qui ibi voluntati illi quam requirit Justin. expressam voluntatem de novando opponunt. Hac de re traditiones istæ sunt Bartol. in *l. pen. d. prætor. stip.* 1. quod jure antiquissimo & ante tempora JCtorum quorum responsa in Digestis continentur, semper facta fuerit novatio. Sed hoc merito reprobatur à Salicet. quia commentitium est divinare, quid antiquissimo illo jure obtinuerit: nec verosimile est, unquam & ullo jure citra coniecturas introductam fuisse novationem: neque dubium esse potest, quin Justin. constitutio ad emendandum jus, quod suo tempore in usu erat, pertineat. Ideoque incipiendum est ab altera traditione Bart. quod jure D. ex coniecturis, licet hoc expresse actum non fuisset, novatio fuerit inducta. Tertia traditio, quod etiam jure D. in prætoriis stipulationibus non ipso jure sed per exceptionem novatio contigerit, *l. pen. d. præt. stipulat.* quoniam hæ ex decreto prætoris interponebantur, adeoque coniecturis quæ ex conventione mutua sumi solent, minus loci relinquebant. Quarta traditio, quod hodie omnimodo requiritur ut partes expresse animum novandi declarent: quod verbis paullo incommodioribus expressit Tr. *hodie necessariam esse expressam novationem, ut aliter facta novatio nec ope exceptionis tollat obligationem*: pro quo dicere voluit: non fieri novationem, nisi expresse hoc actum sit: citra quod non potest dici fieri nec facta novatio. Ex quo consequitur, verum non esse quod tradit *gl. in d. l. pen. d. prætor. stipul. & magis probat. Cyn. in l. ult. C. h. t. n. 1.* hoc tantum novi fecisse Justin. ut difficilius hodie præsumatur novatio: etenim Justin. præsumtiones excludit, & expressam voluntatis declarationem requirit: & aliàs in iisdem juris veteris ambiguitatib. & incertitudine subsisteremus. Unde nec probandum videtur quod Salic. scribit *in d. l. ult. n. 3.* novationem fieri, si pro frumento debito vinum vel pecunia promittatur. Neque iniqua conditio, utcunq; aliter statuamus, infertur promissori: quoniam hic procul dubio, si conveniatur ex

priori

priori stipulatione, per exceptionem defendetur. Et probanda videtur regula generalis *Bart. d. l. pen d. pret. stip. nu. 3 inf.* quod ubicunque olim ex conjecturis & voluntate tacita ipso jure fiebat novatio, toties hodie fiat novatio ope exceptionis, quæ obstat omnibus qui petunt aliquid contra conventionem sive expressam sive tacitam, & quæ citra injuriam non possit negari promissori, à quo V. C. juxta exemplum propositum, creditor pro frumento aliud dari est stipulatus. Unde dubia efficitur propositio Tr. adeo hodie non fieri novationem citra expressam conventionem, ut nec exceptio obstet agenti ex priori stipulatione, id est, ut loquitur Tr. ut aliter facta novatio nec ope exceptionis tollat priorem obligationem. Enimvero cum olim novatio fieret, si promissum purè, promitteretur sub conditione, vel promitteretur post moram §. *præterea. 3. vers. sed si eandem. Inst. quib. mod. tollit. obl. l. 8. h. t.* quis non animadvertat periniquum esse non posse repelli creditorem, qui jam ex priori stipulatione purè, aut propter moram commissam simul pro usuris & interresse experiatur. Video tamen contra *Bart.* & pro Tr. fortiter militare quod Jas. movet in *l. 1. C. d. iud inf. ira d. l. ult. C. h. t.* impositam fore non rebus sed verbis, *cum effectu* nihil interesse videatur, an ipso jure an per exceptionem obligatio tollatur: qua de causa Jason. ibid. opinionem illam Bart. communiter reprobatam esse tradit. Sed profecto haud scio, annon plus debeat tribui rationi, & propter eam constitutio per qualemqualem interpretationem à manifesta absurditate vindicari: & vel restringi ad novationem quæ fit ipso jure, vel ad ejusmodi casus, quibus mens contrahentium est obscurior, ita ut ex utraque obligatione non quidem cumulativè, sed electivè actio sit concedenda: cæteris autem casibus, quibus voluntas contrahentium perspicua satis est, exceptio debitori ex priori obligatione convento, concedatur. Unde etiam facile expediri potest quæstio quæ sequitur apud Tr. an hodie ex conjecturis verisimilibus fiat novatio. Quicquid enim etiam opinetur Tr. statuendum videtur, non ipso quidem jure, sed ope exceptionis novationem contingere. Est quidem iste non levis scrupulus, quod hoc admisso, adhuc versamur in ambiguitatibus juris antiqui, & parum aut nihil egit Justin. cum effectu parum itidem aut nihil intersit, an quis ipso jure an per exceptionem liberetur. Verum ut paulo ante dictum, constitutio,

quæ

quæ aliàs absurda futura sit, duriorem etiam paulo interpretationem no respuere debet. Et habent suos gradus coniecturæ, & earum quædam eius qualitatis sunt, ut citra manifestam iniustitiam & iniquitatē, debitori ad minimum, si ipso jure liberatus dici non debeat, exceptio negari non possit. Illud enim nimis durum, & non minus iniquum fuerit, si imputandum esse dicamus debitori, quod non hoc exprimi curaverit, animo novandi stipulationem interpositam fuisse. Et ista quoq; est sententia Saliceti *in d. ult. inf. n.* 4. Ex his, inquit, clara patet conclusio, quod ubi olim fiebat novatio ex legis magis præsumtione quam ex partium conventione, illud est correctum: (ibi *non lege esse novandum*, unde alia sumitur responsio) ubi autem ex partium voluntate vel expressa vel tacitâ fiebat novatio, etiam hodie fit, sed ope exceptionis.

Vnde & prorogato.] Non videtur satis bene inferri, quoniam terminus solutionis de quo agit Tr. non afficit obligationem, neq; adeo eius prorogatio in dubio poterit facere novationem. De quęstione autem quam mox subiicit in *vers. quid si fideiussor*, & quam vitiosè hic repetit Tr. satis dictum est *disp. prac. th. ult.* an videlicet, si creditor inscio fideiussore prorogaverit terminum, fideiussor liberetur: in qua ibi distinguendum diximus, an terminus adiectus fuerit obligationi, an solutioni tantum. Pars autem illa distinctionis quam Tr. proponit *in vers. verius puto*, quod liberatio competat tātum quoad tempus prorogatum, non etiam quoad præteritum, ratione dubitandi caret, & de tempore prorogato tota controversia est, nec quisquam, opinor, interpretum ita fatuus, ut propter prorogationem sequutam, fideiussorem à præcedentis temporis obligatione, in quam se obstrinxit, eiusq; præstationib. liberatum esse arbitretur, per notata *d. disp. prac. th. ult. inf.*

LIT. G.

Effectus iste novationis quod perimat obligationem, dubius non est: sed illud non perpetuum, quod qui novavit ex nova obligatione teneatur: quoniam fallit, si pupillus vel alterius, quod in specie ad delegationem magis pertinet, vel suam propriam obligationem novaverit: non eam quidem qua alius ipsi tenebatur, ad quam pertinet *l.* 20. § 1. *h. t.* sed eam qua ipse V. C. ex contractu paterno alii obstrictus erat: quoniam hoc modo conditionem suam

facit meliorem: quo casu etiam prodigo jus novandi permissum est *l.3.h.*

An unus ex correis.] De hac quæstione quæ itidem male hic repetitur, actum est supra *disp. 27. th. 9. lit. D.*

An pignora in novatione repetita.] Novatione facta pignora & hypothecas liberari constat: sed alia quæstio est, an pignora expressè repetita sint repetita cum jure prioritatis, aut eo salvo repeti possint, de quo actum supra *disput. 24. th. 6. lit. C.*

THESIS VI.

LIT. A.

Definit Tr. delegationem, mandatum, quo creditor debitorem iubet id quod sibi debet, promittere alteri. Sed hæc definitio in istas reprehensiones incurrere videtur. 1. quod ita definita delegatio, non potest esse novatio, siquidem mandatum novationem præcedit, quę fit per stipulationem, qua quis alteri, *quod alius* debet, se daturum promittit: unde in *l. 7. C. h. t.* delegatus *dicitur* promisisse pecuniam: adeoque aliam definitionem *ipsa delegatio* propriè dicta, aliam promissio sequuta, aliam totus *iste actus* delegationis & sequutæ promissionis requirit. 2. Sicut novatio in specie Tr. dicta ab eo distinguitur in voluntariam & necessariam, ita & delegatio distinguenda erat ex *l. delegare* 11. §. 1. *h. t.* ubi delegatio dicitur fieri non tantum per stipulationem, quæ species sola à Treut. definitur, sed etiam per litis contestationem, si videlicet quis alieno nomine judicium suscipiat. 3. angustiorem definitionem facit verbum, *debitorem*: siquidem etiam non debitor animo novandi promittere potest quod alius debet. Hinc autem explicandum est quod Tr. ait, delegationi semper inesse novationem, etiam jure novissimo: id est, quod promissio qua alius soluturũ se pollicetur, quod alius debet, vi ipsa in se habeat novationem, etiamsi verbis expressum non sit: hoc enim est, quod statim apertius subiicit, constitutionem Justin. non esse extendendam ad delegationem, & quod delegatio nec hodie sit facienda expresè. Quibus verbis posterioribus itidem continetur fallacia ambiguitatis: quoniam delegatio quatenus mandatum est, non nisi expresè fieri potest: sed hoc dicere voluit Tr. quod nec hodie sit necesse speciali

cialiter hoc exprimi, quod delegatio animo novandi interponatur. Et ista sententia videtur magis probanda: tum quod constitutio nova, & non usque adeo rationi juris conveniens, quantum fieri potest, sit coarctanda: tum quod hic vix dubitari potest de mente contrahentium, quin novare obligationem priorem voluerint: nulla autem alia ratio Justin. movisse potuit ad edendam constitutionem *d.l.ult. C.h.t.* nisi quod non raro ex coniecturis minus sufficientibus, cum iniuria creditoris novatio introducebatur: ex quo confirmatur, quod paulo ante defendimus, Justinianum de eiusmodi casibus, in quibus voluntas contrahentium obscurior est, esse accipiendum. Sed in contrarium tamen, & quod *d. l.ult.* etiam de delegatione accipienda sit, hæc movere videntur. 1. quod quæ fit per interventum personæ, non minus est novatio quã illa altera: generaliter autem loquitur Justin. 2. quia non minus hic dici potest, quod indistinctè vult Justin. novam obligationem adiici priori. 3. faciunt ipsa Justin. verba, tum generalia, ibi, *vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationem*: tum specialia, ibi, *vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit*: quod posterius etiam *Cuiac. 19. observat.* 36. refert ad interventum novæ personæ. Responderi tamen possit, quod Justin. non incommodè neque absurdè explicari possit de novatione inter easdem personas, cum aliàs novatio in specie & delegatio inter se opponi soleant, rubric. *D. & C. d. novat. & delegat.* idque hinc firmatur, quod cætera, de pignore accepto, de quantitate imminuta vel aucta, ad eandem hanc novationis speciem rectè referuntur: & quod de persona adhibita vel mutata in *d. l. ultim.* traditur, non incommodè de persona fideiussoris explicare licet *argumen. §. 3. vers. sed si eadem Institut. quib. mod. tollit. obligat.* & hoc vel argumento pignoris, quoniam duo sunt, quæ pro nobis spondent, res, id est pignora, & personæ, quæ sunt fideiussores. Utique si *d. l ultim.* etiam ad delegationem sit referenda, exceptionis ope novationem fieri defendam: qua de re vide *Sichard. d l.ult. C.h.t.* quoniam citatus Castr. in eum titulum non scripsit.

LIT. B.

Vnde & nutu fieri potest.] Delegatio quatenus novationis species constituitur, non potest dici fieri nutu: quod & ipsum hic

agnoscit Treut. quatenus autem pro mandato juxta definitionem Tr. sumitur, frigida est eiusdem Tr. distinctio inter delegantem & delegatum: quoniam quatenus hic promittit, nullo modo mandatum est.

LIT. C.

Creditor.] Creditor scilicet respectu mandatarii qui promittit, sed idem deditor respectu eius cui promittitur: quo promissionis facto tum mandatarius debitor, tum mandans, uterque à creditore suo liberantur, & mandatarius novus promissor, alterius debitor esse incipit. Et hac de causa non poterit delegare, nisi qui habet rerum administrationem, vel suarum proprio, vel non suarum, alieno nomine: idque ex mandato vel ipsius domini, sive speciali sive generali, argum. *l. 20. hoc titul.* vel legis, quale mandatum est tutoris, & hoc tamen limitatum, si quod acturus est, expediat pupillo, *dict. l.* 20. quamvis ille textus potius de novatione ex Treut. sententia in specie dicta, loquatur. Et tamen totum hoc quod de creditore mandante & delegante ita dicitur, particulare tantum est. Neque enim dubitari potest, *quin V. C.* debitor Titij alium etiamsi eius debitor non sit, *delegare possit*, ut Titio nomine suo promittat: quo casu verum esse non poterit quod in delegante requiratur potestas administrandi res suas: quin imo in his terminis etiam pupillus poterit delegare, quippe cum suam conditionem ita faciat meliorem: liberatur enim à creditore suo, neque delegato regressus datur contra pupillum *arg. l. Marcell. 25. d. fideiussor.* quod hoc loco omittendum non erat.

LIT. D.

Debitorem volentem.] Intervenit enim hinc illius factum, promissio, hinc creditoris mandatum, in quo utroque opus est consensu: & est ad hoc textus *in l. 1. C. d. hoc titul.* ubi rectè notat Accurs. quod invitus debitor cogi non possit. Cui obiici solet *l. 2. in princip. solut. matrimon.* ubi dicitur maritum cogi ut promittat dotem restituere ei, cui mulier vult, si mariti nihil intersit. Et haut scio an sufficiat Accurs. solutio, quod hoc sit speciale favore dotis: nisi hactenus, quod forte ab illo mulier in eventum soluti matri-

matrimonii facilius dotem consequi potest. Cæterum in terminis nostris nec apparet remedium, quod vel æquitatis intuitu debitor cogi possit, ut se delegari patiatur: cessat enim mercenarium judicis officium, ubi nulla actio est: nec ulla ratio suadet, ut magistratus hic nobili suo officio subveniat: cum præsertim creditor habeat aliud remedium, ut actionem contra debitoré etiam ignorantem & invitum creditori suo cedat *d. l. 1. Cod. h. tit.* Sed in specie *d. l. 2. soluto matrim.* retentionis remedio mulier uti potest: quoniam tractatur ibi de casu quo mulier initio matrimonii dotem acceptam ut maritus alteri promittat, petit: & amplius in ea specie non est commoda ratio cedendæ actionis, quam mulier demum habet in casum soluti matrimonij, quem expectare fas non est.

Sed & expromissores & fideiussores.] Utique fideiussor à debitore delegari poterit creditori, sed ut facta novatione cessante qualitate fideiussoria, liberato debitore, ipse principalis reus esse incipiat. Atque ita apparet, verum esse quod paulo ante dixi, etiam non debitorem posse delegari: quoniam fideiussor utique delegantis non debitor, sed magis creditor est. Et tamen istud non probatur ex cit. *l. inter. 26 § 2. mandati*, sed hoc potius, quod fideiussor forte conventus à creditore, ipsum reum principalem solutionis causa delegare potest. Quomodo autem expromissor qui ille ipse est qui pro alio promittit, & per delegationem sequutamque novationem expromissor efficitur, delegari dicatur, non satis intelligo.

THESIS Ultima.

LIT. A.

Quid sit tolli per exceptionem, explicatum est thes. 1. quo loco circa modos tollendi obligationem ipso jure, distinctio hic proposita, inter modos communes & proprios, etiam poterat adhiberi, quod etiam citatus Vult. fecit. Existimo autem hic intelligendam obligationem ex delicto, eo sensu, quo accepta est à Justin. *tit. Instit. d. oblig.* ex qua videlicet nascitur obligatio civilis, non quatenus pro vindicta publica datur persequutio criminalis, licet ad hanc quædam à Tr. hic proposita pertineant.

LIT. B.

Exceptio pacti.] Rectè quidem hoc refertur sub modos communes, quoniam V. C. post furtum commissum pacisci licet *l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *d. pact.* Sed non rectè referri videtur sub modos, quibus obligatio tollitur per exceptionem: quoniam de pacto quidem quo remittitur actio iniuriarum expressè responsum est in *l. sed si.* 17. §. *si ante* 6. *d. iniur.* extingui iniuriarum actionem: & expressis simul de pacto quo remittitur actio furti in *l. si tibi.* 17. §. 1. *d. pact.* quod actiones furti & iniuriarum tollantur ipso jure: quod ita etiam tradunt *Bartol. Ias. & alii in l. 6 d. pact. & ibidem latißimè examinat Fortun. Garz. numer. 56. cum multis seqq.*

Exceptio rei iudicatæ.] Ostendimus supra *disput. 9. thes. 5 lit. F.* quod per sententiam nec civilis nec naturalis obligatio tollatur, sed tantum per exceptionem judicati absoluto succurratur.

Exceptio præscriptionis.] Veluti, inquit Treut. si tempora actioni suæ præscripta labi passus est actor. Sed videndum, annon ita actio ipso jure sublata sit. Et distinguendum fortassis alicui videatur, an lex initio certum terminum actioni alicui præfixerit, an actioni antea perpetuæ, postea terminum præscripserit. Et illo casu affirmandum videtur, quod finito tempore, nulla ipso jure supersit actio, quippe quæ diutius vivere non possit, quam lex voluit: neque unquam prętor post illud tempus agentem audiret, aut cum exceptione actionem daret. Et quod tempus negatur esse modus tollendæ obligationis, ad tempus pertinet quod adiicitur à contrahentibus, non quod à lege, quæ operatur potenti us. Constituendum autem est, toties ipso jure sublatã obligationem, quoties vinculum civile sublatum & subductum est, utcunque supersit naturalis obligatio: atquin finito tempore quod jus civile præscripsit actioni, vinculum civile tollitur: quin &, ut ostendimus *disput. præced. thes.* 3. *lit. H.* si quæ subest naturalis obligatio, ea jure civili non attenditur, sed in mera sua naturalitate relinquitur neque adeo in republ. Romana aliquos effectus producit, cum nec retentioni faciat locum *l. ultim.* §. 1. *rem ratam haberi*, tantum abest ut effi-

ut efficere queat, ne obligatio ipſo jure peremta dicatur. Et eſt in hanc rem textus non obſcurus in *l. 17. §. ſi ante 6. D. d. iniur.* ubi dicitur pacto extingui actionem iniuriarum, non minus ac ſi tempore abolita fuiſſet iniuria: atque ita hac in re plus videtur JCtus tribuere tempori quam pacto, quo tamen actionem iniuriarum ipſo jure tolli reſponſum in *l. 17. §. primo. d. pact.* Neque aliud ſtatuendum videtur in altero caſu, quo lex actioni perpetuæ poſtea præfixit terminum, quod de actionibus perſonalibus fecerunt *Impp. in l. 3. & 4. Cod. d. praſcript. 30. annor.* ex quibus ipſis textibus ſatis apparet, quod poſt 30. & 40. annos actio ipſo jure ſit ſublata. Sed obſtare hic videtur, quod paſſim in jure noſtro præſcriptio appellatur exceptio, quo modo etiam præſcriptionem definit Treut. *ſupr. diſputat. 22. theſ. 1. lit. I.* Reſp. actiones reales natura quoque ſua perpetuas fuiſſe, ſed quæ ex accidenti propter bonam fidem poſſeſſoris & titulum excluderentur: & quidem quoad res quæ in dominio quiritario eſſe poterant, & obiectum uſucapionis conſtituebant, excluderentur ipſo jure, quippe quod dominium quod poſſidens acquiſiverat penes duos eſſe non poterat: ſed in provinciis quoniam prædia ſtipendiaria uſucapi non poterant, non niſi exceptione poſſeſſor defendebatur: ſed cum hodie indiſtinctè actionibus realibus etiam terminus 30. annorum præſcriptus ſit, & ſimul obiectum uſucapionum habile, prædia provincialia quoque effecta ſint, idemque hic effectus præſcriptioni & uſucapioni tributus, conſequenter indiſtinctè actionem realem hodie ipſo jure tolli ſtatuemus. Et utique Tr. in genere loquitur de eo qui tempora actioni ſuæ præſcripta labi paſſus eſt.

Ex eo autem quod Mynſing. ſcribit in Camera receptum eſſe, ut præſcriptionis, licet non in ſpecie exceptum ſit, ſi modò ex actis appareat, habeatur ratio, non puto rectè inferri, quod ipſo jure tollatur obligatio, per notata *ſupra diſputatione 26. theſ. 7. lit. C.*

De præſcriptione perſecutionis criminalis, non puto ſatis bene hic tractari: quoniam perſecutio iſta ex obligatione propriè dicta non deſcendit.

Illud

Illud vix rationem dubitandi habet, quod *Gœdd. in l.* 131. §. *primo. d. Verb. signif.* refertur, quod per præscriptionem in causis criminalibus, quæ regulariter est 20. annorum pœna etiam ipsa sublata intelligatur, non tantum actio & persequutio: siquidem absurdum fuerit aliquem sine accusatione & processu puniri: & frustranea prorsus fuerit illa præscriptio, si post eam adhuc reus pœnæ subiici posset. Illa autem alia quæstio est, an illa præscriptio etiam excludat officium judicis, quod recte affirmat Gœdd. d. loc. & tractatur *infr. disp.* 31. De quæstione autem principali vide *notat. disp præced. th* 3. *lit. A. Boër. decis.* 344. *Vasquium illustr. q.* 53.

Exceptio liberationis.] Cui liberatio legatur, tum actionem habet ex testamento ut liberetur, tum si conveniatur, exceptionem §. *si quis debitori* 12. *Institut. d. legat. l.* 3. § *tertio. d. liberat legat.* neque enim simplex voluntas testatoris liberationem ipso jure operari potest, cum aliás nec opus esset, imò nec ratio nec jus permitteret, ut instituta actione legatarius peteret liberationem: atque ita quod in d. §. dicitur, hæredem petere non posse, de effectu rei accipiendum est. Cum autem hanc modum communem faciat etiam obligationibus ex delicto, dubitari possit, an legata liberatione ex hac causa, etiam persequutio criminalis, quæ pro privatis delictis extra ordinem exercetur, remissa videatur. Ratio dubitandi est, quod hæc concernit vindictam publicam. Ratio in contrarium decidendi à voluntate testatoris, qui procul dubio totum remissum voluit, & criminalis persequutio subrogatur in locum actionis pœnalis, & per hanc intentatam persequutio criminalis perimitur & vice versa.

LIT. C.

Exceptio oblationis & depositionis.] An obsignatio & depositio ipso jure perimant actionem non tantum ope exceptionis tractatum est *hac disp. supra th.* 1.

Exceptio quod species debita interierit.] Et juxta Treut. si perierit vel naturaliter vel civiliter: veluti si servus promissus sine culpa & facto debitoris fuerit manumissus, quoniam manumissio mor-

sio morti comparatur *l. si mihi. 92. d. solut. l. inter omnes. 46. in princip. d. furt.* ad hunc videlicet effectum perimendæ obligationis, cæteroquin vitæ potius manumissio sit comparanda. Rectè autem hic modus proponitur tanquam proprius obligationi ex contractu, quoniam interitu rei nec persecutio criminalis, quin nec actio civilis pœnalis perimitur *dict. l. 46. d. furt.* Sed illud minimè probandum, quod hoc modo per exceptionem tantum tolli ait obligationem: quæ sententia nec textu nec ratione nec autoritate firmatur: & ipse Vultejus quem citat 1. *Iurisprudent.* 63. hunc modum disertè inter eos refert, qui ipso jure tollunt obligationem. Et ubi liberatio contingere dicitur, velut hic passim de interitu rei, in dubio ipso jure tolli obligationem existimandum est: & facit textus *in l. 8. d. condict. furtiv.* ubi dicitur quod nulla amplius sit condictio, ubi res post oblationem factam perempta est: quoniam aliàs fur in perpetua est mora, & constat tum demum interitu rei liberari debitorem, ubi ante moram interiit aut post eam purgatam, de quo tractatur *in l. si ex legati 23. d. Verbor. Obligat.* & actum est supra *part. 1. disputationis 20. thes. 14. lit.* C. *& disputatio decima quinta, thes. 7. lit.* B. adeoque post moram purgatam etiam condictio furtiva perit *dict. l. 8. d. condict. furt. l. 2. Cod. eodem.*

Exceptio cessionis bonorum. Superest enim nihilominus actio, sed non nisi in quantum debitor facere potest §. *ult. Inst. d. act.* & §. *ult. Inst. d. replicat.*

Exceptio iuramenti.] Non rectè à Vult. & Treut. hæc exceptio refertur inter proprias obligationi ex contractu: quoniam etiam in actionibus ex delicto pœnalibus juramentum deferri & consequenter exceptio ista opponi potest *argumen. l.* 11. §. *primo, rerum amotar.* textus expressus *in l. 3. §. primo, d. iureiur.* De qualitatibus autem singularum exceptionum tractatur supra loco proprio, ex quo etiam addendæ sunt aliæ, veluti doli, metus, erroris &c. neque enim omnes hic enumerare, sed tantum per exempla modum istum tollendæ obligationis ostendere Treut. propositum fuit.

LIT. D.

Exceptio pœnæ irrogatæ.] Cum præſtatio pœnæ ex delicto nihil aliud ſit, niſi eius quod debetur ſolutio, rectius defendi crediderim, quod per præſtationem pœnæ reus ipſo jure liberetur. Huc etiam referendus eſt modus ſpecialis, mors rei principalis: & ſpecialiſſimus modus in cauſis iniuriarum, mors ipſius injuriati. Sed & his modis procul dubio ipſo jure tollitur actio, & iſta locis propriis plenius traduntur & explicantur.

* *
*

AD DISPUT. XXX.

De

PRIVATIS DELICTIS:

Respondente

DAVIDE à Schweinitz in Seyffersdorff/
Eq. Sil.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

P*Rivata delicta.*] Præmittenda erat privatorum delictorum distinctio, non autem in genere de iis affirmandum, quod iniuria illata privato cognitione etiam judicis pedanei vindicetur: quod tum demum, ubi civiliter agitur, verum, cæteroquin falsum est, ubi extra ordinem criminaliter agitur, juxta *l ultim. D. d. privat. delict. l. ultim. d. furt.* ubi cognitio non ad judicem pedaneum, sed ad præsidem spectat *argumen. l. 2. in princip. expilatæ hæred. l. 3. in princip. d crimin stellionat.* Videri autem possunt delicta privata inde ita dicta, quod iniuria per ea illata non videatur ad rempubl. pertinere, de quo pluribus disput. seq. thes. 1. Illa plane certa eorum nota esse debet, quod eorum vindicatio non cuivis ex populo, sed ei tantum in quem delictum commissum est, concessa est: quod rectè docet *Cuiac. 8. observat. 33.* quod etiam juris est in iis criminibus quę extraordinaria dicuntur, & publica disertè esse ne-

gantur *l. 3. d. extraord. crimin. l. 2. d. abig. l. 3. §. 2. d. praevaricat. l. 2. d. concuss.* quorum delictorum naturam V. C. furtum induit, quoties pro eo criminaliter agitur per *d. ultim. d. privat. delict. & d. l ultim. d. furt.* Distinguit autem Treut. delicta privata in ordinaria & extraordinaria, in hunc modum, quod in illis sit certa pœna, certaque petendi & judicandi forma, in his autem pro arbitrio judicis & delicti qualitate examinatio fiat & pœna imponatur. Verum hic erratum videtur: siquidem quæritur de persequutione civili vel criminali. Quoad hanc cui quidem verba Treut. magis convenire videntur, vitiosa est appositio ordinarii & extraordinarii: quoniam ipsa ea crimina privata, quæ ordinaria dici solent, veluti furtum, injuria, ubi de iis criminaliter vindicandis agitur, quodammodo extraordinaria efficiuntur, utique naturam horum induunt, & in iis pro arbitrio judicis pœna imponitur, ut expressum est *in d. l. ultim. h. t. & in d. l. ultim. d. furt.* ubi dicitur quod ista criminaliter extra ordinem vindicentur: & igitur hactenus privata delicta omnia extraordinaria dicentur, si à forma procedendi & puniendi modo distinctio desumatur. Quod ad civilem persecutionem pertinet; ei procul dubio etiam ex causa criminum extraordinariorum locus est: in quibus terminis itidem vitiosa erit Treut. oppositio, cuius descriptio extraordinariis criminibus attributa, locum habere non potest, ubi ea civiliter exercentur.

LIT. B.

Facile primum est furtum.] Non satis liquet, quo respectu furtum inter privata delicta primum esse dicatur: an quia primum ordine tractationis, cui explicationi tamen non convenit verbum, *facile*: an quia præcipuum: & hoc, an ratione frequentiæ, an gravitatis intuitu, de quo dicetur th. 3.

Furtũ unde dicat.? *A ferendo.*] Gellius *libr. 1. noct. Attic. capit. 18.* reprehendit *Varron.* (ex quo hoc etiam proponit, non autem citatur à Gellio *Non Marcell. cap. 1. num.* 250.) quod furem deduxerit à furto, parum memor, quod antiquo verbo Græcis fuerit dictus φὼρ, unde Latinis, fur; quæ procul dubio vera est nominis ratio, de qua nihil *Alciat. 1. dispunct.* 10. sed tantum ibi, quomodo textus *l. 1. h. tit.* legendus sit, proponit.

An natura sit prohibitu.

Natura probibitum.] Prout scilicet natura æquum esse dicitur

tur cuique quod suum est tribuere, & ita nemini suum auferre: neque enim ea tantum naturæ aliquando adscribi solent, quæ à recta ratione immediatè profluxerunt, & dictata fuerunt, sed quæcunque rationi illi conveniunt ex hypothesi. Etenim utcunque commerciorum ratio & dominiorum distinctio à primo illo jure rectà & immediatè non descendant, positâ tamen in republ. dominiorum distinctione, quæ utique juri illi non contrariatur, rectè etiam eidem convenire dicimus, ne cuiquam quod suum est auferatur. Potest alio sensu & istud usurpari, quod Treut. ait, furtum prohiberi ab ea natura, quæ peperit jus gent. per discursum: quoniam aliud jus est, quod natura, nimirum recta in homine ratio, immediatè constituit, & quod introduxit per ratiocinationem & discursum, dum se quodammodo flexit & accommodavit ad homines viventes in societate civili, & videlicet homines in universum, & ad societatem civilem, in abstracto quasi & in genere sumtam: siquidem ratio se accommodans ad hanc vel illam humanam societatem & rempubl. producit jus civile. Prior tamen explicatio rectior esse videtur, ut ex hypothesi distinctorum dominorum, prohibitio furtorum per consequentiam quandam juri naturali adscribatur: quo sensu natura æquum esse dicitur, ne quis cum aliena jactura locupletior fiat. Iis autem quæ hoc sensu & modo juris naturæ dicuntur, videtur instituto aliquo singulari unius alicuius gentis, præsertim tolerando potius quam directo contrarium statuendo, derogari posse, ob certum aliquem & specialem finem legislatori propositum. Ex quo videntur excusari posse Spartani, qui furta permiserunt non ob turpe lucrum, sed teste *Gell. lbr. 11. cap. 18.* pro exercitio & disciplina rei bellicæ: quin imò non simpliciter quibusvis, ut multi falsò existimant, sed juvenibus imo pueris tantum, non quævis, sed ferè tantum furta rerum esculentarum permissa & tamen deprehensos gravissimè castigatos fuisse, docemur, *ex Gell. d. loc. Plutarch. in Apophthegm. Lacon. & Xenoph. in descript. reipubl. Spartan.* Apud Ægyptios furta impunita fuisse *Gell. d. cap. 18.* scribit. Legimus tamen apud Herodot. in fine, ab Amasi rege Ægypti lege sancitum fuisse, ut subditi singuli annis singulis rationem redderent, unde vitam tolerarent: de quo, & causa juris Ægyptiaci, cuius Gell. meminit, dicemus *in f. thes. 3.* Et hinc non assentior *Anton. Augustino libr. 4. emendat. cap. 4.*

ubi eodem loco habet mores istos Ægyptiorum & Spartanorum, quo mores Persarum, quibus incesti liberorum & matrum concubitus tolerabantur. Sed tamen nec Alciat. probo, qui propter mores illos, furtum jure civili tantum probrum esse existimat: cuius tamen illud rectè se habet, adulterium & furtum jure gent. æqualiter probra non esse. Quod autem attinet ad *cap. 1. distinct.* 8. quo distinctio dominorum ad jus civile positivum, referri videtur, vel intelligendum istud est de distinctione dominorum recepta in republ. Romana, quæ amplitudine sua plerasque gentes continebat: vel, ut ipse ille textus ostendit, dicitur oppositivè ad conditionem, in qua homo ab initio creatus fuit: id enim est quod ait Augustin. nullam esse differentiam inter divites & pauperes, quos Deus pariter de uno terræ limo formaverit: & alia quædam respondet *Goedd. in d. l. 42. d. Verb. Sign num.* 7. Justinus autem libro 2. nihil aliud dicit, nisi quod apud Scythas, in nullum crimen gravius quam in furtum fuerit vindicatum, de quo plura dicemus infra *d. th.* 3. ubi de pœna furti.

LIT. C.

Rei minimæ fil furto.

Rei etiam minimæ.] Dictum aliquid est *supra part. 1. d. sput. 11. th. 2. lit. B.* & illud ante omnia constat, quod etiam rei minimæ fiat furtum, in qua procul dubio etiam committi potest dolus: sed alia quæstio est, an actioni doli sit locus quod negatur in *l. 10. & 11. d. dol.* cuius argumento etiam videtur neganda actio furti propter rem minimam, utcunque furtum re vera commissum sit: quod & aliis quibusdam casibus contingere sequentia ostendunt: quæ sententia est *Zas. libr. 2. responsor. singul. cap. 26 Covarruv. 1. variar. resolut. 3. numer* 12. quorum hæ sunt rationes. 1. quia res minima non sit attendenda. 2. quia actio doli non detur pro re minima *d. l. 11. d. dol. mal.* 3. quia contrarium sit æquitati, cuius artem profitentur JCti, ut pro re minima subrepta quis conveniatur & cum nota infamiæ cōdemnetur, cum fama passim vitæ etiam comparetur, & utique res pretiosa sit, cui propter minimam rem præjudicari non debeat, arg. *l. 4. d. rest. in integr.* Et hæ tamen rationes non admodum magni ponderis esse videntur. Etenim verum est quod vulgo respondetur, & hoc loco attingit Treut. aliam esse rationem actionis ordinariæ, aliam restitutionis extraordinariæ, pro qua obtinenda ad rescindendum actum jure civili validum, nobile offi-

le officium prætoris implorandum est: Cæterum iniquum sit aliquem vel minimo damno ab alio impunè affici posse: in quo procul dubio fallitur Zas. *d. loc.* ubi nullam actionem & nullum remedium pro re minima concedendum putat: contra rationem manifestam, & non obscurum textum, (cæteri enim à Treut. hic citati parum iuvant) in *l. si proprietarius 22. inf. pr. d. damn. infect.* Nec valde movet tertia ratio: quoniam si fama in considerationem veniat, neque quantitas centum vel mille florenorum suffecerit ad concedendam actionem furti: & planè nulla ad famam proportio est duorum aureorum, pro quibus in *d. l. 10. & 11.* actio doli famosa conceditur. Et est pro communi sententia textus vulgatus *in §. gallinarum 16. Instit. d. rer. div. s.* ad quem removendum non satis esse videtur quod respondet Zas. Justinianum eo loci tantum ostendere voluisse qualitatem istorum animalium, quæ sint mansueta & domestica, & ita obiectum habile in quo committatur furtum: non verò quod propterea pro quavis surrepta gallina actio furti sit concedenda. Etenim in dubio extra casus ob proprias quasdam rationes speciatim exceptos, statuendum, ubicunque furtum committitur, actioni furti locum esse: & facit *l. 5. §. 6. d. acquiren. rer. domin.* ex quo *d. §. 16. Institut. eodem.* desumtus est, ubi dicitur eum nobis teneri furti, qui subripuit gallinam. Nec melior, imò fortassis deterior est responsio Covarr. quod gallina non simpliciter sit habenda pro re vili aut minima, sed ex circumstantiis hoc sit æstimandum. Etenim si eò deveniamus, nihil unquam certi hic statuere licebit, si qualitatem personarum attendimus: quamvis aliàs verum sit aggravari furtum, si forte quis paupertino homini res suas auferat, quod vel ex historia relata *lib. 2. Samuel. c. 12.* apparet.

Rem mobilem.] Eorum enim sententiam qui etiam fundi locive furtum fieri existimabant, abolitam esse testantur, *Caius in l. quam rem 38. inf. d. usucap. Iustin. in §. quod autem. v. abolita Instit. eod.* quam sententiam Sabini fuisse, quod etiam fundi & ædium furtum fiat, refert *Gell. lib. 11. c. 18.*

LIT. D.

Rei alienæ.] Significatur res non tantum proprietate aliena, sed etiam in qua aliquis possessionem vel quod aliud jus habet: qua de causa Justin. *in §. 1. h. t.* distinctius dixit, *rei, usus possessionis:* & in-

An si debitor creditori cuius rem surripuit offerat debitum actio furti expiret.

& inde fit, ut debitor auferens rem pignoratam creditori, furtum committere dicatur §. *aliquando* 10. *Instit. h. tit.* imo amplius etiam qui rem saltem hypothecatam in specie inscio creditore alienat *l. si is qui* 66. *in princip. h tit.* forte quia creditori jus suum intervertere velle existimatur. Sed illud hic quæritur, si debitor creditori cui rem subripuit, offerat debitum, an actio furti expiret, vel utique sit remittenda. Quod tribus verbis affirmat *Bart. in l. si debitor.* 79. *h. tit.* ubi pro confirmanda sententia sua adducit textus *in l. fullo* 82. §. *qui ancillam h t.* (sed ea prorsus nihil ad rem facit) & *in l qui iniuria* 53. §. 1. *eodem.* cuius hæc species est. Titius commodato mihi dedit vas aliquod: hoc servus Titij commodatoris mihi subripuit: adeoque quoniam commodatarius propter levissimam culpam tenetur, ego quoque tenebor domino Titio commodatori commodati: sed mihi si videlicet solvendo sim, argum. §. *item si fullo* 15. *inf. Instit. h. tit.* vicissim contra Titium eundemque dominum servi furis, competit actio furti noxalis. Quod si dominus servi, pecuniam quam actione commodati à me exegit, mihi reddere, vel actionem commodati nondum institutam, remittere sit paratus, evanescere actionem furti, responsum est *in d. l.* 53. §. 1. *h t.* Inde autem videtur concludere Bartol. evanescere quoque debere actionem furti, si debitor qui auferendo rem pignoratam furtum commisit, sit paratus solvere quod debet. Verum non una hic occurrit differentiæ ratio. 1. quod *in d l.* 53. non dominus ipse sed servus furtum commisit. 2. quod *in d. l* 53. actio illa furti, non est, ut ita loquar, pura, sed noxalis, qua omninò liberatur dominus, si servum noxæ dedat. 3. quia in specie *d.* 53. commodatarius non habet actionem furti per se, sed tantum quatenus eius interest ob hoc, quod domino tenetur actione commodati, qua remissa cessat causa & ratio concedendi actionem furti: quod in creditore secus esse videtur, qui propter subtractam sibi possessionem à debitore proprio quasi jure actionem furti exercet. 4. quia debitor qui furtum fecit nullam habet actionem contra creditorem, sicut habet dominus in specie *dict. l.* 53. § 1. in quo, ut hoc obiter addam, fallitur Accurs. dum actionem furti explicat de condictione furtiva: hæc enim nec actio furti appellari solet, nec *in d.* §. 1. potest: quoniam ea datur soli domino non commodatario, nec cuicunque alii cuius tantum interest *l. 1. d. condict. furt.*

l. 14.

l.14.§.qualis 16.inf.h.titul. Sed tamen Bartol. ſententia æquitatem ſapere videtur: quoniam furtum hic non eſt ipſius rei, ſed reſpectu poſſeſſionis & juris quod in re habet creditor, idque propter ſolam debiti ſecuritatem, quo præſtito omne jus creditoris expirat: & parum intereſſe videtur, an poſt rem ſubductam, pecuniam debitam offerat debitor, an obtulerit antea vel ſolverit: quo caſu ablata poſtea re, quæ per actionem pignoratitiam repeti potuiſſet, dubio procul in crimen furti non incidiſſet: ſicut nec emtor qui poſt pretium ſolutum venditori rem ſubtrahit *l.14.§.1.h. tit.* nec quiſquam, qui rem ab alio jure ſuo avocare poteſt, argum. *l.cum creditor 55.h.tit.* Et parum obſtare videtur *l.rei communis.45. pro ſocio*, quoniam ibi revera ipſius rei, quæ pro parte aliena eſt, fit furtum, & quidem rei debitæ ex contractu principali, pignus autem acceſſio eſt, nec ſublato principali ſubſiſtere poteſt: quo etiam facere videtur, quod qui vim fecit ſi rem offerat ante ſententiam definitivam, pœna quadrupli liberatur. Sed tamen replicare hic liceat, quod hoc ſpecialiter in actionibus arbitrariis ſit receptum: in cæteris ſine textu tale quid ſtatuere non licet: & cum effectu accipiendum videtur, quod debitor furtum committere dicitur, idque vel ideo quod ad eius exemplum alii quoque furtum committere dicuntur: veluti emtor ante pretium ſolutum, quia res pignoris loco eſt penes venditore *l.eum qui 14.§.1.hoc titul.* item commodator, ſi ſubripiat rem commodatam, quam propter impenſas factas commodatarius ceu pignus quoddam retinere poteſt *l creditoris.15.hoc titul.* quæ loca duriuſculè ita acciperentur, ut furti actio quæ competere dicitur, evaneſcat oblato debito: quod non fuiſſent omiſſuri JCti maximè cum *in d l.*14.§.1.ille caſus opponatur, quo furtum non committitur; ſi poſt ſolutum pretium res fuerit ſubducta.

LIT. E.

Dolo malo facta]Hunc autem negat præſumi, ſi contrectans bonæ ſit exiſtimationis. Atquin imò cum furtum contrectatio ſit rei alienæ, in dubio potius dolus erit præſumendus. Et ſane hoc effatum Treut. non niſi caſibus ſingularibus locum habere poteſt: quorum unus colligitur ex cit. *l.inter omnes 46.§.rectè 7.cum ſequen. hoc titul.* ſi quis jus habeat re aliena utendi, & jus limitatum, ita ut ſi quid faciat extra limites, regulariter furtum committere

dicatur: in quibus terminis aliquando qui excedit limites potest excusari à furto, & credi justam habuisse causam existimandi, dominum istud facile permissurum fuisse: qui casus est *in §. pl. cuit. 7. Institut hoc tit. l. dict. l. 46. §. 7. D. eodem.* Ex quo vicissim & è contrario inferri videtur, quoniam principaliter hic operatur animus & propositum eius qui excessit limites, furtum committi ab eo, qui putavit se invito domino facere, cum tamen dominus id permissurus fuisset: quod firmatur *ex dict. l. 46. §. pen. h. tit.* cum quo & cum ratione ne pugnet, quod traditur *in §. sed etsi 8. Instit. hoc tit.* ad effectum rei referendum est, ut videlicet dominus quo volente alter usus est, furti agere non possit: quod ipsum significare JCtus videtur *in d. l. 46. § penult* dum ait, *eum furti non obligari*: quod & aliis quibusdam casibus, ut pro furto verè commisso non detur actio furti evenire constat *l. … er amotar. l. si libertus 89 h. tit. l. § hi qui 12. Instit. eod. m* licet Accu… Bartol. & alii *in f. d. § pen…* … putent, quod initio propositum erat. Plane istud obtinet, ubi re vera dominus permissurus fuisset, secus autem si simulavit, ut alterius furtum deprehenderet, juxta *dict. §. …ed etsi 8 v. und. illud …* Alius casus singularis est, si quis rem in qua jus habebat, subtraxerit, de quo paulò ante diximus, & mox plura dicemus. Et consequenter nimis generaliter Treut. ait dolum non præsumi, si contrectans sit bonæ existimationis: cui sententiæ non patrocinatur Bartol. in l. 4… *§. … h. tit.* sed ille *nu. 3* rectè affirmat quod furi nec iura affirmanti credatur, quod putaverit dominum consensurum: idque omnimodo, si ab initio rem subtraxerit: quod si enim rem ab initio domini voluntate habuerit, facilius credi posse, quod citra animum furandi latius re concessa fuerit usus: si modo & hic ostendere possit aliqua indicia verisimilia propter quæ sit credendum ipsum putasse dominum permissurum: cæteroquin contra asserentem esse præsumtionem juris, propter quam nec eius juramento credatur.

Qui debitori moroso rem surripit furtum facit.

Fur autem non est.] Furem negat esse, qui rem sibi subreptam furi eripit: furem autem esse affirmat, qui debitori suo licet moroso rem eripit. Distinguendum hic initio videtur, an creditor auferat debitori rem ipsam quæ in obligatione est, an vice eius rem aliam: quod posterius membrum tantum hic videtur tractare Tr. quoniam proponit de eo qui rem aliquam pro suo debito eripit.

Et

Et videri possit hic casus non adeò multum habere dubitationis: *licet Clar. in § furtum. numer.* 20. etiam hunc furem esse neget, qui aliquam rem æquivalentem pro debito surripit, quam opinionem communem ait *Covarruv.* 1. *variar. resolut. cap.* 2. *numer.* 15. & habet ea sententia colorem ex hypothesi, quod creditor debitum suum alia nulla ratione consequi possit, & simul debitum ita liquidum sit, ut à debitore negari nequeat: maximè si de effectu excusandi à pœna corporali agatur, quos terminos videtur ponere Clar. Sed plane vix videntur in republic. bene constituta isti termini habiles esse, ut quis quod sibi debetur per judicem consequi non possit: & mali exempli res fuerit istud permittere, ut sub prætextu debiti furtum facere liceat: nec effugere quis queat pœnam furti, si aliquid deberi sibi ostendere non valeat. Sed alter casus dubitationis aliquid habet, si quis rem quæ in obligatione est, subducat: ubi interesse videtur, an res sit propria, veluti commodata deposita, an aliàs tantum debita: & porrò, an debitor nulla exceptione aut retentionis jure sit munitus. Quo posteriori casu committi furtum ostenditur ex textibus ante citatis *in l.* 14. §. 1 *& l.* 15. § 1. *hoc titul* ubi de venditore & commodatario quibus ab emtore aut commodatore res subripitur: facit textus *in l. cum creditor* 55. *h. tit.* ex qua creditor subripiens rem cuius possessio ex causa pignoris penes ipsum esse debet, negatur committere furtum: cuius rationem *glos. & Bartol. ibid. & Cyn. in l. si quis in tantam Cod. unde vi nu.* 5. hanc reddunt, quod præsumantur isti hoc facere non doloso animo & lucrandi, sed juris sui conservandi causa. Et frustra obiicitur, quod Treut. movet, neminem posse sibi jus dicere: neque enim quicquid contra hanc regulam peccatur, protinus in furti crimen incidit: sed nihilominus tamen, nisi fortè aliquando propter insignem frustrationem debitoris excusetur, incidet in edictum *Marcil.* 13. *quod met. caus.* & si vim adhibuerit, in Leg. Juliam, & in pœnam *dict. l. si quis in tantam Cod. unde vi*, & in crimen rapinæ, ut expressum est *in l.* 3. *vi bonor. raptor.* & tradit *Bartol. in dict. l. cum creditor* 15. *d. furt. Donell. in l.* 3. *Cod. d. pignor.* Et videtur quædam specialis ratio furti, quod ad essentiam suam requirit fraudulentum propositum & animum lucrandi, unde à Dd. solet dici nomen juris non facti: quibus adde citatos *à Menoch. remed.* 1. *recuper. possess. numer.* 33. *Jason. in l.* 1. *Cod. d. testamen. colum.* 5. *vers. secundo utilius:* ubi refert

Dd. ſtatuentes, quod quis rem propriam vel etiam ſibi debitam, imò etiam pro debito aliam æquivalentem, etiam in foro conſcientiæ ſubripere poſſit, ſi eius alio modo conſequendæ non habeat facultatem.

Sicut & is qui rem.] Nimirum aut res pro derelicto habita eſt à domino vel non habita, & ſaltem amiſſa. Hoc caſu qui rem inventam lucrandi animo celat, fur eſt §. *ultim. Inſtit. d. rer. diviſ. l. falſus* 43. § *qui alienum* 4 *hoc. tit.* cæteroquin non eſt, imo nec tum, ſi pro derelicto habitam putavit *dict. l.* 43. §. 5. *&* 6. Illo caſu furtum non committitur, utcunque qui invenit animum lucrandi habeat, & rem à domino abiectam eſſe ignoret, *d. ct. l.* 43. §. 5. Ubi quæritur an committatur furtum in re quæ levandæ navis cauſa in mare proiecta fuit: quam *Ulp. in dict. l. falſus* 43. §. *ſi iactum* 11. *h. t.* inde decidendam putat, an res iſta videri debeat habita pro derelicta nec ne: quod affirmat Ulpian. ibid. ſed negat Juſtin. *in* §. *ultim. in princip. Inſtitut. d. rer. diviſ.* ad quæ componenda Bartol. *in d.* §. 11. diſtinguit inter modum proiiciendi V. C. an liber apertus an involutus fuerit proiectus: ſed verior & rectior huius rei explicatio eſt quam propoſuimus ſupra *diſp.* 20. *d. acquir. rer. domin. theſ.* 2. *lit.* G.

Non igitur fur erit.] Paulo ante dictum eſt, quod conſenſus domini utique liberet ab actione, & conſequenter à pœna furti: quod Treut. ampliat in tantum obtinere, ut dominus conſenſus ſui confeſſione à furti liberare poſſit: quamvis hoc nihil plus continere videatur: ſiquidem ut ſtatim per modum limitationis Tr. addit, conſenſus domini, vel potius de eo apud judicem qui ſuper furto inquirere cœpit, interpoſita teſtatio non ſufficit ad liberandum furem: quoniam neceſſum eſt ſi furtum non eſſe commiſſum dicere velimus, ut conſenſus domini ab initio cum ipſa contrectatione concurrat. Alia autem quæſtio eſt, an conſenſus poſtea ſuperveniens crimine eximat: vel an domino ſimpliciter de conſenſu ſuo atteſtanti, fides debeat haberi: videlicet quoad vindictam & perſecutionem publicam, (nam quoad propriam & privatam nulla dubitatio eſt) cui privatus præiudicare non poteſt, & ne tunc quidem, ut exiſtimo, ſi dominus id conſenſurus fuiſſet etiam initio, fur autem hoc ignoraſſet: quia hic perfecta eſt eſſentia furti: licet eo caſu quo quis re quæ ex voluntate domini penes ipſum

eſt,

est, laxius utitur, procul dubio pœna fuerit mitiganda: quod & omnibus iis casibus tentari potest, quibus de consensu domini initio concurrentis apparet. Et ita ferè docet *Bart. in l. inter omnes 46. §. rectè, hoc tit.* per confessionem talem domini non præiudicari magistratui, quę pręsertim, ut Tr. rectè ait, possit esse precibus furis aut amicorum eius impetrata: nisi forte ex circumstantiis, quod cui res subrepta est, amicus vel consanguineus, aut res ipsa vilis fuerit, de voluntate domini verosimilis coniectura sumi possit. Neque obstat ratio, qua teste Bartol. olim Jacob. Butrigarius motus fuit, quod officium judicis succedat in locum partis: quoniam furtum hodie instar publici delicti vindicatur, & olim quoque aliquando in privatis delictis inquisitioni locum fuisse, ostendetur *disp. seq. th. th. 1.* plane ubicunque jus est ex officio inquirendi, privatus ei juri præiudicium inferre non potest.

LIT. F.

Contrectatio.] Explosa est enim eorum sententia, qui animo quoque & cogitatione furtum fieri existimabant: quos refert *Gell. 11. noct. Attic. 18 in f.* quod disertè improbatur *in l. 1. §. hoc tit.* Contrectare autem hic non tantum significat, localiter amovere, sed etiam re ex justa causa penes se existente illegitimè uti, ut ostendit *§. furtum. 6. Inst. h. t.*

In actu furandi opem ferre.] De his qui opem vel consilium præstant, aut res furtivas suscipiunt, agitur infra *th 3. lit. D.*

Falsus procurator.] Qui videlicet revocato mandato pecuniam à debitore accipit *l. cum quis. 38. §. 1. d. solut.* & omnis pro procuratore se gerens, cui debitor pecuniam ad creditorem perferendam numerat *l. falsus. 43. §. 1. hoc titul.* ubi dicitur secus esse si debitor ea mente pecuniam numerat, ut fiat procuratoris accipientis.

Sic qui in officio.] Dubium non est, quin hi qui in officio fraudulenter versantur, furtum committant: quoniam sunt quasi procuratores quidam & ministri: & constat utique, depositarium, creditorem, qui re utuntur, & commodatarium, qui re abutitur, furtum committere. Refert tamen Treut. quod plerisque videatur, istos mitius esse puniendos: quia administratio quodammodo velare debet furtum, & principium licitum videtur & mitius cum eo agendum, qui jus habet res alienas tractandi, quam qui An officiales mitius puniendi.

citra ullum jus res amovet & aufert: cuiusmodi rationes adducit *Tiraq.d.pœn.temper.cauſ.*58. ubi tamen plures rationes quibus aggravetur delictum, profert, & concludit, ſi dolus & delictum perſpicuum & apertum ſit, gravius huiusmodi fures eſſe coercendos. Et nimirum humaniter credi poteſt & præſumi, quod officiales, qui tractant pecunias principum, non fecerint hoc animo intervertendi, ſi forte pecunia ipſi fuerint uſi: quoniam non ipſam à ſubditis V.C. exactam pecuniam, & illa ipſa corpora ſolvere neceſſe habent, ſed ſatis eſt præſtare tantundem: & ſolent illæ plerumque perſonæ eſſe honoratiores, cum quibus mitius agendum ſit. Et hoc ipſum convenit conſtitutionibus à Treut. citatis, ex quibus pro interverſa ſumma centum aureorum demum in has perſonas pœna eſt capitalis, qua ſimplices fures pro furto quinque ſolidorum afficiuntur: ut proinde fruſtra Treut. huiusmodi pœnas tanquam notabiles & exemplares in medium adducat, quippe quæ perſpicuè in huiusmodi fures mitiorem ſtatuunt pœnam: velut & conſtitutio Palatina tit.57. ex qua furto centum florenorum irrogatur pœna capitalis, eaque non ſimpliciter, ſed ſi officialis interverterit pecuniam, **geferlicher/fürſetzlicher/vnd diebiſcher weiſe**. Plane conſtitutio criminalis *Caroli V. artic.* 170. nullam hic quoad pœnam differentiam facere videtur: quamvis in ſpecie loqui videatur de iis: qui rem aliquam in individuo reſtituendam acceperunt, quod in officialibus ſecus eſt.

LIT. G. & H.

Diviſio. Proponitur diviſio furti in manifeſtum & non manifeſtum. Illud definit eſſe, quando fur deprehenditur cum re furtiva: & in exegeſi ſubiicit duplicem deprehenſionis ſpeciem, manu & oculis: modò, ut addit alterutri horum coniungatur exclamatio, ex Vult.cit. c.48. Verum acclamatio iſta neceſſaria quidem eſt, ſi fur viſus tantum debeat haberi pro fure manifeſto *arg. m. l 7. § 1 h tit.* cęterum iniectio manus ſola ſatis manifeſtum furem efficere videtur: niſi quod forte aliquando, ad probandam deprehenſionem & manus iniectionem acclamatio requiratur. Hanc autē diſtinctionem ſublatam hodie ait Obrecht. *diſp.d.furt.th.16.* non, ut opinior, quod plane hanc circumſtantiā in conſiderationem venire negaret, cui opinioni adverſatur conſtitutio Carolina *art.*157. ſed quod etiam pro furto non manifeſto hodie imponatur pœna capitalis.

Tu-

THESIS II.

LIT. A.

Proponit furti subdistinctiones à variis adiunctis, & illas quidem ut ait utrique speciei furti, manifesti, & non manifesti convenientes. Verum ita in omnibus res se non habet. Nam 1. Justin. *in §. furtorum* 3. *Inst h. t.* asserit quod furtum conceptum & oblatum, sint potius species diversarum actionum quam genera furtorum: quoniam oblati furti actio est contra eum qui ipse fur alteri rem dolo malo obtulit, ut apud eum quæsita deprehenderetur §. 4. *Inst h. t.* (nihil autem de hoc reperio apud Fest. à Treut. citatum) & nulla adeò hic species furti. Deinde furtum conceptum & apud aliquem, qui scil. sciens illud recepit, inventum, non potest utrique speciei, furti manifesti & non manifesti subiici: sed aut non manifesto, quia deprehensus utique non fuit in furto: aut manifesto, si pœnam attendas: quoniam teste *Gell. lib.* 11. *cap.* 18. Decemviri furta quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. Quid autem si furtum per lancem & licium, vel potius olim fuerit, nemo discet ex Gell. d. loc. ubi simpliciter pœna eius proponitur: nec ex eodem 16 *noct. Attic.* 10. ubi hoc tantum habetur, quod quæstiones furtorum per lancem & licium evanuerint. Neque res expedita est, de qua varias eruditorum coniecturas extare refert *Hadrian. Turneb. lib.* 30. *adversarior. cap.* 23. Sed res nimirum ita se habet, ut furta per lancem & licium concepta dicerentur, quæ arguente domino cui furtum factum erat, & ex adverso domino ædium res furtivas ad se delatas esse negante, in ædibus inquirebantur & inveniebantur. Et nimirum ut Fest. autor est in verbo, *lance*, qui ita furtum quærere ibat in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfam. aut virginum præsentiam. Etenim simplici licio contectus & indutus, parum à nudo distabat: cuius simplicis vestitus ista ratio erat, ne aliás sub vestibus aliquid inferri, & domino ædium calumnia creari possit. Firmatur hoc ex *Platone libr* 12. *d. legib.* (licet enim hic decemviris recentior, ex veterib. tamen Græcorum legibus, ex quibus etiam Romani magnam partem 12. tabb. expresserunt, hoc hausisse videri potest) ubi vult, ut qui in alienis ædibus aliquid quærere cupit, juret

prius,

qui textus cum expressus sit, non erat cur Treut. tanquam in re dubia ita se putare diceret: sicut nec rectè dupli tantum mentionem facit, quia ex causa furti manifesti quadruplū pater consequetur. Verum hæc definitio Tr. angustior est definito: quoniam furta ea quoq; domestica dicuntur, ubi libertus vel cliens patrono vel mercenarius ei qui operas eius conduxit furtum fecit *l. si libertus 89. h tit. junct. l. 11. §. 1 d. pœnis*. Sed cur in his casibus non nascatur actio furti, ut est *in d. l. 89.* vix occurrit sufficiens ratio: neque enim textus generalis *in d. l. 89.* ad furta levia restringi posse videtur, siquidē propter subreptam etiam gallinam actio furti nascitur: neq; cum Wesemb. in paratitl. hic inde ratio desumi potest, quod eorum fidei res commissæ sint: vel quia hoc minimè simpliciter verum est, vel quia etiam depositarius re utens furtum committit. Haud scio an ratio aliqua rectè petatur à jure veteri clientum, quorum famam lædere olim nefas erat, per ea quæ de jure illo patronatus & clientelæ tradunt *Halicarn lib. 2. & Plutarch. in Romul.* quamvis huc ratio ad mercenarios pretio ad breve aliquod tempus conductos vix accommodari posse videatur.

De furto à familia commisso.

Quid si nostra familia.] Si plures servi unius domini, furtum fecerint, ne dominus omnes noxæ dedere, aut universorum & singulorum nomine æstimationem præstare teneatur, sed præstando tantum, quantum unus homo liber, liberetur, edicto expressum est, *l. 1. in f. princ. & §. ultim. si famil. furt. fecisse dic. l. 32. in princip. ad L. Aquil. l. 9. d. iurisdict.* Sed, ut hoc addamus, occurrit hic non levis pugna diversorum textuum. Dicitur enim *in d. l. 32. quod* ex causa damni dati à familia teneatur dominus ad eum modum, quo tenetur, si familia furtum fecisset, ut videlicet liberetur præstando tantum, quantum unus liber homo pro damno dato præstaret. Atquin *in dict. l. 9. d. iurisdict.* respondet Paulus, si familia album corruperit, non similiter edici ut in furto &c. quia contemta maiestas prætoris vindicetur, & plura facta intelligantur, quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerint vel damnum dederint, quia plura facta sint, non ut in furto, unum. Hæc ita conciliari possunt, quod ex causa furti à familia commissi unum esse dicatur factum, quia hoc ipsum nominatim ita expressit prætor. Hac nimirum ratione & hoc respectu in damno facto vel iniuria illata dicitur non esse unum factum, quia hoc edicto suo præ-

tor non expressit: sed interpretatione prudentum ex æquitate & propter identitatem rationis receptum fuit, ut etiam damnum à familia factum, pro uno facto haberetur. Et proinde *dict. l. 9. d. iurisdict.* ad τὸ ῥητὸν & verba, sed *dict. l. 23. ad L. Aquil.* ad mentem edicti ex interpretatione JCtorum erit referenda: &, ut non in eleganter Accurs. ait, comparatio corrupti albi cum damno dato *in dict. l. 9.* proposita, de similitudine facti non juris accipienda est. Et hanc conciliationem, licet in ea non acquiescat, proponit Govean. *ad dict. l. 9.* eademque est conciliatio *Cuiac. 8. observat. 20.* ubi tamen opinionis errore neminem ad ista respondisse dicit: siquidem effectu pene idem videtur sensisse etiam Accurs. *dict. l. 9* & *ibidem Zas. num. 15.* Sed porro occurritur ex *l. si plures. 34. d. iniur.* ubi si plures servi aliquem iniuria affecerint tot esse dicuntur iniuriæ, quot sunt personæ. Et Accurs. quidem illum textum ad rigorem juris referendum, aut de pluribus diversorum dominorum servis explicandum existimat. Zas. autem d. loc. in verbis *l. 9 d. iurisd.* cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, particulam vel ait determinare non diversificare. Sed & possit accommodari prior distinctio, quod hactenus iniuria sive contumelia & damnũ iniuria datum comparantur quod utrobique plura sint facta, & quod de neutro edicto prætoris expresse quid determinatum sit, sed quod propterea non omninò comparanda etiam sint ad omnimodum juris effectum. Sed hæc à proposito paulo sunt alieniora: & possit alicui simplicior videri sententia *Hott. q. ill. 33.* ubi hac in re JCtos dissensisse existimat.

Quod tamen rectè limitant.] Quod dixerat, ob furtum à familia factum liberari dominum si eam æstimationem solvat, quam liber homo præstaret, limitari ait à Dd. ut non obtineat cum agitur criminaliter. Sed ista limitatio videtur paulò insubtilior: quoniam actio quæ ob furtum à familia factum contra dominum datur, non potest esse nisi civilis. Et constat hodie furtum pro publico delicto haberi: sed & quævis criminales persecutiones non in dominum, sed in ipsam servi personam moventur.

LIT. D.

In tumultu.] Non apparet aliud edictum prætoris circa hanc rem nisi incendio, ruina, naufragio, rate aut nave expugnata *l. 1. & t. t. d. incend. ruin. naufr.* quod posterius ad ædes etiam expugna-

tas transferendum censet JCtus *in l.3.§.2.eod.tit.* & *in cit. à Tr. l.18.C. h. tit.* juxta istud edictum prætoris eum qui ex ruina naufragio &c. aliquid abstulit, in quadruplum teneri rescribitur, & quidem intra annum tantum, post annum in simplum: in quo huius conditio melior est, quia actiones ordinariæ pro furto sive manifesto, sive non manifesto perpetuæ sunt *in pr. Inst. d. perpet. & temp. act.* hactenus autem deterior conditio illius, quod indistinctè etiam non deprehensus in quadruplum tenetur, quoniam illo tempore hominum animis alibi occupatis maior latendi & obrependi datur occasio. Et istis omnibus casibus, si ex incendio, naufragio, nave aut ædibus expugnatis quid subreptum fuerit, in tumultu ablatum generalius non malè dicemus: quia ad ista concursus hominum fieri & tumultus quidam excitari solet. Rationibus autem à Tr. propositis, quod furandi hic maior occasio & custodia rerum difficilior sit, (ex quibus tamen prior excusando furto facere possit, quoniam ut vulgo dicitur, occasio facit furem, & gravius furtum est in quo evidentior occurrit dolus & machinatio, quod fit adhibitis *scalis* & per effractionem: sed concludit ratio, si coniungas, quod his casib. difficilima custodia, ut nullà domino culpa imputari possit) hæc quoq; addenda est, quod inhumanũ est, homines ita afflictos, fortunis insuper suis, & reb. quæ supersunt, evertere & spoliare velle.

Quæ eadem ratio facit.] Nimirum ex causa depositi in tumultu non datur contra depositarium simpliciter actio in duplum, quod absurdum fuerit, sed contra inficiantem *§. sed furti 26. Inst. d. act.* cuius rei ratio non est ea, quæ à Treut. initio h. lit. proponitur: sed quia est quasi depositum ex necessitate, eo scilicet respectu, quod non licet dispicere in personam depositarii, sed cuiusvis occurrentis fides sequenda est, quæ ratio expressa est *in l. 1. §. 4. deposit.* Istud autem ab hoc loco alienum ideo proposuit Treut. ut occasionem haberet agendi de lectione *d. l. 1. §. 4.* Verum et ista magni momenti non est, cum sit contentio tantum de phrasi: constat autem de mente JCti, quod publice intersit vindicari gravioris perfidiæ crimen. Rectè planè existimo reprehendi à *Robert. 1. recept. lect. 31* Cujacium, *in l. 2. Cod. d. d. fide hast. fiscal.* ubi *in d. l. 1. §. 4.* legendum censet, *publica inutilitas coercenda est.* Cæteroquin sive legas, *publica utilitate coercendum est*, id est publicæ utilitatis gratia, vel, uti verba textus proponit *Duar. 1. disputat. 11.* (ubi tamen

saltem agit & tractat de significatione verbi, inutile) *publica autoritate coercendum*, eodem prorsus res est reditura.

Gravior adhuc.] Hoc referendum erat ad princ. lit. Rationis autem est ut gravius coërceatur, qui aliquid subripuit, quam qui rem custodiæ suæ demandatam simpliciter negavit. Cæterum cum pro quocunque furto criminaliter agere liceat *l. ultim. hoc tit.* nec dubitari potest, quin etiam hi, qui in tumultu aliquid subripuerunt, criminaliter conveniri possint: verba autem Treut. *nam adhuc pro arbitrio ex qualitate circumstantiarum judex pœnam corporalem infligit*, ambigua sunt, & eo, quo jam dictum est sensu, vera: nam alias si civiliter & quadrupli actum fuerit, judex eo judicio pœnam corporalem indicere non poterit.

LIT. E.

In balneo.] Qui fures balnearij. Est Epigramma *Catulli* 34. *in Vibennios*:

O fur optime balneariorum,
Vibenni pater &c.

quem locum adducit *cit. Petr. Victor. libr. 7. variar. lect.* 17. & fures alios quoque qui ex locis publicis quid subripuissent, gravius, imò apud Græcos morte mulctatos fuisse ex Aristot. & Demosth. *in orat. cont. Timocratem* confirmat. Enim verò in balneis tum difficilima est rerum custodia, tum propter concursum & frequentiam hominum facilius fur latere, & difficilius deprehendi & designari potest: quam coercitionis gravioris veram & solidam rationem esse *Mercat. dial.* 28. *inf.* censet, eamque adducto loco *Plauti in rudente, scen. intelligo* comprobat: quamvis *Alciat. 2. parerg.* 38. plures addat ex Aristot. quod eiusmodi fur iniuriam insignem inferat domino, quem quantum in se est domum cogit redire nudum: quod insignis impudentia videatur præcidere spem emendationis. Plane etiam Romanis delictum istud gravius habitum fuisse arguit *tit. 17. lib. 47. D.* ubi istud inter crimina extraordinaria refertur, & *in l.* 1. eiusmodi furem instar nocturni furis puniendum traditur. Ut nec dubitari possit, quin ut Treut. loquitur, locum hic habeat judicis arbitrium, videlicet ubi extra ordinem agitur, non ubi ordinario jure actione quadrupli vel dupli, cui furtum factum est, experitur.

Idem de saccularijs.] *In l. 7. d. extraord. crimin.* fit mentio eo-

tum qui veritas artes in sacculo exercent: quod *Forcatul. d. dial.* 28. explicat de sectoribus zonariis, qui artes suas exerceant in sacculos, quos scilicet præcidunt: sed rectius *Cuiacius* 10. *observat.* 27. intelligit eos, qui magicis quibusdam artibus, vel, quod addendum videtur, subtilitate & celeritate quadam fallendo, pecunias ex sacculis subducebant & subtrahebant: & vide ibi eundem Cuiac. de directariis, quorum mentio *in dict. l. 7. & in l. 1. §. d. effractor.*

LIT. G.

In grege abigendo.] Nihil hic occurrit, nisi quod in F. lit. ait, *plenius*, id est, acrius eum puniendum, qui de stabulo pecus abegit, quam qui de sylva vel grege: contra *Cuiac.* 6. *observat.* 8. qui emendato textu autoritate Græcorum, *lenius* eum puniendum existimat. Sed non negat Cuiac. quod Latinè dicatur rectè, *plenius coërcere*: & rationes eius non usque adeò magni sunt momenti. Furtum nocturnum gravius habetur, quia in se habet speciem quandam, vel certè suspicionem latrocinii: & in furibus balneariis specialis occurrit ratio: neque illa quam præcipuè urget Cuiac. quod graviori coërcitione opus sit, ubi maior est furandi commoditas & occasio, necessariò concludit: maximè ubi ex altera parte alia aggravans circumstantia occurrit: veluti si quis perrupto aut effracto stabulo pecus abducat: in quibus ipsis terminis locum ratio Cuiac. invenire videtur, quod pastores confisi securitati stabuli, minus sollicitam custodiam pecorum agere solent. Neque enim hic versamur in terminis eiusmodi populorum, qui sine tecti munimento plaustris pro ædibus utentes, pecora & armenta aliaque bona quasi in propatulo & in sylvis perpetuò habent: quod de Scythis testatur *Iustin. lib.* 2. qui locus â quibusdam ad confirmandam Cuiac. sententiam adduci solet.

LIT. H.

Distinctionem præmissarum usum spectari ait in exasperanda vel mitiganda pœna: quoniam videlicet gravius puniuntur fures nocturni, saccularii, balnearii, abigei &c. itemque effractores: à qua tamen circumstantia nulla proponitur distinctio in thesi: fortassis ideo quod Treut. hanc circumstantiam generalem & communem in exegesi hac lit. facere videtur: & tamen furtum in balneo, in cædendis arboribus, in secandis zonis commissum, effractio-

ſtactionem adiunctam habere non videtur: ſed & aliàs reliquæ diſtinctiones, quarum pleræque omnibus furtorum generibus rectè accõmodantur, omitti potuiſſent. Potuiſſet etiam generalior circumſtantia peti ab obiecto, eoque referri delictum commiſſum in cędendis arboribus, de quo lit. F. & in ſubripiendis aratris: cuius pœnam veterem jure Saxon indictam improbavit *August. Elect. p. 4. conſt. 35.* ubi huic furto æqualẽ cum cæteris indixit pœnam: quæ ſententia eſt *Treut. hic, in verſ. ſed id ad regulam.*

THESIS III.

Lit. A.

Pœna furti.] Præter perſecutionem, ut inquit Treut. rei ipſius furto ablatæ: id eſt, ut non tantum detur actio pœnalis dupli vel quadrupli contra furem, ſed inſuper etiam ſuperſint actiones rei perſequutoriæ, & nimirum, rei vindicatio & condictio furtiva: ex quibus illa nihil huc pertinet: quoniam datur jure dominii, contra quemcunque poſſeſſorem. Condictio autem furtiva actio perſonalis eſt in furem tantum eiusque hæredem, eaque non ſimpliciter perſecutoria, tanquam actiones quædam ex delicto, ſed potius tanquam actiones ex contractu, atque adeo ut detur contra hæredes in ſolidum, etiamſi nihil ad eos pervenerit. Etenim licet non admiſſo furto non eſſet locus huic actioni, non tamen propterea ex delicto dici poteſt hæc actio *l. 10. §. 2. d. compenſat.* Interpretes quidam ex quaſi contractu hanc condictionem deducunt, quod Marc. Lycklama noviſſimè ſequutus eſt: verum nullam hic animadvertere licet tacitam vel præſumtam qualemqualem conventionem, ſine qua nullus quaſi contractus ſubſiſtere poteſt. Eſt plane iſta irregularis condictio, iuxta vulgatum iſtud, quod nemo rem ſuam condicat præterquam furi, quoniam contra naturam aliarum condictionum condictio hæc domino, eique ſoli datur *l. 1. d. condict. furt l. 14. §. 4. d. furt.* Et proinde ſapere videtur quandam naturam vindicationis, ſalva tamen hactenus natura condictionis, ut tantum adverſus furem eiusque hæredem detur: cum aliàs iniquum fuiſſet, furis hæredem, contra quem actio pœnalis pura dari nullo modo poteſt, per interitum rei liberari: maximè cum, quod omninò notandum, condictio hæc ſimplicem

habeat

habeat persecutionem rei quæ ex patrimonio nobis abest, non autem coërceat aliquem dolum: ideoque hactenus diversa ab actionibus ex delicto aliis, quæ persequutoriæ rei dicuntur, veluti tributoria *l. 7. §. ultim. cum l. sequen. d. tribut. act.* actio in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi causa *l. 4. §. ultim. cum ll. sequent. d. alienat. iudic. mut.* Et adeo licet istæ actiones contra hæredes non dentur, nisi in quantum ad eos pervenit, rectè tamen cum Treut. hic & *supra part. 1. disputat. 22. thes. ult. lit. D.* defenditur, quod condictio furtiva in hæredes ad quos nihil etiam pervenit, in solidum competat. Videri autem possit alicui hæc ratio & quasi necessitas fuisse introducendi hanc condictionem furtivam, quod cum actio furti mere pœnalis non contineat in se rei persecutionem, nulla ratione in hæredem dari posset, nec quidem in quantum ad eum pervenisset, (quod in cæteris actionibus mixtis secus est,) actio aliqua rei persecutoria, qua hæres conveniretur, fuerit introducenda. Et hæc ratio suadere videtur, contra quam modo dicebamus, ut condictio furtiva non nisi in quantum ad hæredes pervenit, moveri posset. Et accedit, quod nihil occurrit, propter quod melior debeat esse conditio eius cui furtum factum est, quam cui quid per vim ablatum vel extortum est, & omnium eorum, qui actionem mixtam pœnalem habent, qua contra hæredes non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, experiuntur: inde porro hæc condictio necessitatis gratia introducta, eâdem conditione & qualitate, qua actiones pœnales mixtæ in hæredes danda videtur. Responderi hic fortassis possit, quod diversitas actionum & formularum, necessario inducat diversum effectum, & postquam quacunque ratione condictio furtiva hic prodita est, eam sub natura & qualitate aliarum condictionum contra hæredem concedendam esse: quamvis illa etiam causa introductæ huius actionis, coniectura sit tantum, non certa veritas. Sed cum raptor bonorum furti manifesti teneatur, de quo infra dicemus, condictio quoque ista contra eum eiusque hæredem non denegabitur. Verum quæstionis huius pleniorem tractationem reiicimus ad locum, quo ipse hic se remittit Tr.

Vel vindicando.] Hæc nimirum actio in rem non datur cuivis cui furtum est factum, sed tantum domino rei: quod scilicet dominium ex natura huius actionis probabit petitor: quod cum suffi-

sufficiat in isto genere actionis, falsum videtur quod Treut. addit, eum necesse habere probare, quod res furto sit ablata: nisi accipiatur ex hypothesi, ubi videlicet possessor titulum iustum & ita recentius dominium ostendit: quo casu absolvendus erit, nisi actor furto rem sibi ablatam probet: hic enim vincet actor, quoniam rei furtivæ nulla est præscriptio: idque ita apparet ex constitutione Carolina *articul.* 208 *& sequent.* Quod ad sumtus attinet, quos fecit possessor, citatus à Treut. *articul.* 213. tantum loquitur de subreptis animalibus & alimentis: sed in genere ita jure communi obtinet, ut bonæ fidei possessori impensæ in rem factæ sint præstandæ, de quo alibi tractatur. Quod in F. huius lit. tanquam singulare proponit Treut. *ex articul.* 207. ut vindicatio rei furtivæ apud judicē criminalem rectè institui possit, locum tantum habet, ubi res furtiva ad judicem illum, cum aliàs domino non comparente penes fiscum maneret, pervenit, atq; ita extra ordinem causa tractatur: & procul dubio secus erit, si de actione contra privatum possessorem instituenda quæratur.

LIT. B. & C.

Ex jure civili pœna furti est dupli vel quadrupli, ubi videl. civiliter agitur: nam & hoc jure criminaliter agi posse constat *l. ult. h. t.* Ut autem de ratione differentiæ constet, inter furtum manifestum & non manifestum, de qua initio lit. C. statim agit Treut. illud prius expediendum est, unde, ex quo jure & ex quibus legibus hæc pœna eiusque diversitas descendat. Et respondet Tr. quod hæc pœna & differentia promanet ex L. XII. tabb. Et si judicetur ex autoribus à se citatis, *Wesemb in paratitl. hic Anton. Cont.* 1. *lectionum.* 2. rectè sentit Treut. sed verba falsam præ se ferunt sententiam, quod utraque pœna dupli & quadrupli, de qua hic agitur, sit ex L. 12. tabb. Etenim docemur ex fragmentis 12. tabb. quæ Hottoman. Balduin. Marcill. & novissimè Jacob. Gotthofr. collegerunt, & perspicuè *ex Gell. lib.* 11. *cap.* 18. quod ex L. 12. tabb. pœna furti manifesti in servos capitalis, in cæteros corporalis quin & addictio in servitutem, sed furti non manifesti dupli tantum fuerit. Et de illa quidem inter omnes convenit, de hac autem dissentiunt *Baro hic, & Duar. ad tit. D. d. furt. cap.* 6. qui pœnam etiam dupli ex edicto prætoris descendere putant, hac fere ratione, quod latior sit differentia & excessus proportionis inter illa duo

Pœna dupli aut quadrupli.

pœnarum genera, pecuniariæ dupli & corporalis, quàm ut uni eidemque legi debeat adscribi, cum circumstantia illa furti prehensi vel non prehensi tantam delicti diversitatem inducere non posse videatur. Sed horum sententia refutatur 1. ex paulo ante citatis collectoribus, à quibus hæc L. 12. tabb. refertur. *Si adorat*, vel ut aliqui malunt, *adolat furto quod nec manifestum escit, duplione decidito*, vel *duplione damnum decidito*: quamvis illa verba posteriora, *duplione decidito*, non extent apud Festum, qui sub lit. M. in verbo, *nec*, hæc refert verba XII. tabb. *si adorat furto, quod nec manifestum escit*: sed addita sunt illa *ex Gell. d. cap. 18. libr. 11.* ubi ita disertè scribit: *aliis indè furtis non manifestis pœnam imposuerunt dupli*: & imposuerunt nimirum decem viri: quod totus ille locus & contextus necessario evincit. Neque alia sententia videtur Catonis *in præfat. d. re rustic.* maiores nostri, inquit, sic habuerunt, & ita in legibus posuerunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli: intendens videlicet digitum ad veteres leges XII. tabb. Confirmatur hoc *ex §. princ. Instit. d. perpet. & tempor. act.* ubi actio tantum furti manifesti refertur inter actiones prætoris. Et textus in hanc rem apertior *in §. sunt autem. 4. Institut. d. noxal. act.* ex quo eiusmodi argumentum deducitur. Si ex legibus quæ *in d. §. 4.* opponuntur edicto prætoris, est actio furti noxalis, ergo ex legibus est actio quædam civilis furti ad pœnam pecuniariam, & ea consequenter actio furti non manifesti, quoniam alteram ex edicto prætoris esse constat. Atqui ex legibus est talis actio *d. §. 4.* Ergo &c. Ratio connexi est, quoniam propter delictum in quod corporaliter animadvertur, veluti furtum ex L. XII. tabb. non potest dari actio noxalis, quæ scilicet natura sua est pro æstimatione damni, quam dominus noxæ dedendo evitat. Ad obiectionem autem quam Baro & Duar. à nimia pœnæ distantia desumunt, responderi potest, 1. quod non semper accurata & certa veterum legum reddi possit ratio. 2. quod cum Draco & Solon, uterque Legislator Atheniensium, ille acerbè nimis, & indicta pœna mortis, hic clementer satis constituta pœna dupli, in fures animadverterint, inde decemviri apud Romanos, qui leges suas à Græcis mutuati sunt, hac in re tum Draconis acerbitatem in furibus manifestis, tum Solonis lenitatem in furibus non manifestis, imitati, & hoc modo utriusque severitatem & humanitatem, quodam-

modo

modo inter se temperare voluerint. 3. Quod decemviri hic imitari voluerint mores Spartanorum, apud quos, ut paulo superius relatum ex Xenophonte & aliis, deprehensi flagris cedebantur, cæteroquin impunè habebant. Et existimare licet, tale quid etiam apud Atheniensis & alios fortassis Græcos in usu fuisse, si fides habenda Suidæ, quæ sub lit. K. in verbo κλέπτης autore Aristophane Comico quem citat, testatur, furta olim non fuisse habita reprehensione digna, nisi fur deprehensus fuisset, his verbis: τὸ παλαιὸν οὐ διεβέβλητο ἡ κλοπὴ, ει μὴ φωραθεὶς ὁ κλέπτων ἀπήχθη: quin apud Spartanos hoc industriæ cuidam & ingenij solertiæ deputatum fuisse, colligitur *ex Gell. d. lib. 11. c. 18.*

Atque ex his videtur petenda vera ratio, propter quam furto manifesto ex edicto prætoris pœna quadrupli fuerit irrogata: quoniam cum ex LL. XII. tabb. latissima inter utriusque furti pœnam differentia esset, prætori autem pœna corporalis displiceret, eamque in pecuniariam civilem mutare constituisset, nec tamen prorsus differentiam omnem pœnæ tollere aut vellet aut posset, pœnam quæ actione civili exigi potest, gravissimam in locum corporalis sibi censuit subrogandam *§. omnes. 21. Institut. d. act.* ubi dicitur quod nulla actio civilis pœnalis detur ultra quadruplum: & satis ita clementer egit cum furibus, qui antea gravissima corporali pœna afficiebantur. Alii rationem petunt ab ignavia tum furis qui deprehenditur, tum patrisfam. qui non deprehendit: cum qua convenit ratio *Cuiac. 19 observ. 12.* quam probat & commendat Treut. quod plus debeat consequi, qui in fure deprehendendo fuit diligentior. Et tamen hanc rationem dubiam hæc faciunt 1. quia ea potius negligentia quæ committitur in non custodiendis rebus suis, quam quæ in fure non persequendo, in culpa est. 2. quia multorum ea in furando solertia est, ut etiam diligentissimos fallant. 3. quia nulla eius potest argui negligentia, cuius absentis vel noctu res subripitur. 4. & præcipuè, quia fur manifestus est, qui non tantum à patre famil. cui furtum fit, sed etiam qui ab alio deprehenditur § *furtorum. 3. vers. imò h. tit.* Et hinc nec illud probandum est, quod Treut. ob eandem à Cuiac. propositam rationem actionem furti manifesti perpetuam esse ait: nam & furti non manifesti actio perpetua est, *& Iustin. in f princip Instit. d. tempor. act.* simpliciter ait prætorem absurdum putasse, illam

actionem anno concludi, quippe quod delictum levius furti non manifesti actione perpetua vindicaretur, quæ si annalis fuisset, illam quoque actionem prætor annuam fecisset, quæ ordinaria est actionum prætoriarum natura. Possit fortassis quis existimare, prætorem in fures manifestos ad instar fœneratorum animadvertere voluisse, qui pœna quadrupli coërcebantur, ut Cato scriptum reliquit supra cit. loco, & Ascon. Pædian. comment. in Orat. Cicer. quæ dicitur Divinatio. Frustra autem contra istam pœnæ diversitatem quidam obiiciunt, quod occulta scelera gravius sint punienda, quam quæ palam fiunt. Etenim 1. omne furtum natura sua clam fieri solet, & ista distinctio non tam ex modo furandi desumta est, quam potius ex eo, quod fur etiam post delictum perpetratum deprehenditur. Deinde quod occulta gravius sint punienda, in iis demum verum est, quæ possunt esse & sunt indifferentia, quam communem Dd. sententiam refert *Iason in §. ex maleficiis Inst. d. action. num.* 20. unde gravius punitur, qui V. C. clam cum cognatâ sua consuescit, quam qui palam, in quo ignorantia præsumitur: cæterum quæ natura sua & semper turpia & prohibita sunt, gravius si palam fiant, sunt coërcenda.

Si res perierit quid tunc l'obtineat.

Si res perierit.] Hoc non tam videtur pertinere ad actionem furti quæ merè pœnalis est, quàm ad condictionem furtivam, quæ rem eiusque æstimationem persequitur: & quod dicitur de juramento in litem *in l. 9. d. in lit. iur. gloss. Bartol.* & alij, magis explicare videntur de condictione furtiva: quamvis juxta eosdem & de actione pœnali accipi potest, quæ etiam fere semper per actionem furti designari solet: etenim quadruplum aut duplum in eundem est ad rationem simpli, quanti res est: quæ si dolo malo à fure non exhibeatur aut corrupta sit, nec absurdum sit in actione furti in litem jurari, ita ut fortassis etiam juramento affectionis locus sit: quamvis Dd. communiter *in d. l. 9.* tantum juramentum veritatis admittant. Et sane cum contumacia admissa, non respiciat actionem furti, neque rationis sit, ut ultra duplum vel quadruplum veræ æstimationis actor consequatur, hac in re affectioni eius indulgendum non videtur, sed tantum in casu necessitatis juxta *l. 5. §. ult. D. in lit. iur.* hoc juramentum erit admittendum, & proinde particulare erit, quod Tr. affirmat, si res perierit, jurari in litem.

Sed pœna quadrupli ex soluta.] Adversativa hæc non videtur habere quo commodè referatur: cæterum vera videtur aliàs hæc sententia, quod per actionem civilem dupli vel quadrupli consumatur persecutio criminalis & viceversa: quoniam hæc actio civilis pœnalis est & ad vindictam, non autem rei persequutoria, pro restitutione rei, eiusve æstimatione, aut eius quod interest præstatione: cuiusmodi actiones nullam criminalem vel privatam vel publicam consumunt persecutionem. Et confirmatur sententia hæc his rationibus: quod pœna quadrupli & dupli delicto ipsi proportionata est: ut consequenter ea exacta non possit ulteriori pœnæ esse locus: & proportionata scilicet est ex jure Romano, de quo disputamus: idq; hinc ostenditur, quod ex L. XII. tabb. furto non manifesto sola pœna dupli irrogata fuit, & postea furto manifesto pœna quadrupli ex edicto prætoris, qui veterem pœnã improbavit, & in eius locum pœnam pecuniariam subrogavit. Et postquã igitur receptum fuit, ut etiam criminaliter ex furto ageretur *l. ult. hoc tit.* contra furem hoc modo punitum procul dubio prætor ordinariam actionem civilem pœnalem est denegaturus. Suadet & hoc conditio & qualitas privatorum delictorũ, quorum vindicatio tantum datur ei qui damnum passus est, & cui duplex vindicatio eiusdem delicti concedenda non est. Accedit perspicua ratio qua utitur JCtus *in l. 7. §. 2. d. iniur.* ubi per actionẽ civilem iniuriarũ ideo publicam persecutionem consumi affirmat, quoniam utroq; judicio idem factum & delictũ deducatur & vindicetur: quæ ratio prorsus etiam in furto militare videtur. Equidẽ *Cyn. in l. un. C. quando actio civil. crim. &c.* hanc reddit rationem diversitatis, quod actio iniuriarum competat pro re non æstimabili, sed actio furti pro re æstimabili, licet eius æstimationis duplum vel quadruplum persequatur. Verum replicabo, quod utcunque famæ non sit æstimatio per se, ubi tamen actione iniuriarum certa pecuniæ summa petitur, eam quodammodo æstimabilem fieri, argumen. *§. pœna. 7. vers. sed postea. Instit. d. iniur.* & utcunque illa revera famæ æstimatio non sit, attamen nec ipsum quadruplum ulla ratione dici potest æstimatio rei ablatæ, sed potius delicti admissi, sicut in actione injuriarum non tam fama, quæ revera non læditur, sed iniuria & petulantia æstimatur. Et habet ea distinctio & responsio Cyn. fallaciam causæ: quoniam non ea ratio est, propter quam actio iniu-

citra ullum jus res amovet & aufert: cuiusmodi rationes adducit *Tiraq.d.pœn.temper.cauſ* 58. ubi tamen plures rationes quibus aggravetur delictum, profert, & concludit, ſi dolus & delictum perſpicuum & apertum ſit, gravius huiusmodi fures eſſe coercendos. Et nimirum humaniter credi poteſt & præſumi, quod officiales, qui tractant pecunias principum, non fecerint hoc animo intervertendi, ſi forte pecunia ipſi fuerint uſi: quoniam non ipſam à ſubditis V.C. exactam pecuniam, & illa ipſa corpora ſolvere neceſſe habent, ſed ſatis eſt præſtare tantundem: & ſolent illæ plerumque perſonæ eſſe honoratiores, cum quibus mitius agendum ſit. Et hoc ipſum convenit conſtitutionibus à Treut. citatis, ex quibus pro interverſa ſumma centum aureorum demum in has perſonas pœna eſt capitalis, qua ſimplices fures pro furto quinque ſolidorum afficiuntur: ut proinde fruſtra Treut. huiusmodi pœnas tanquam notabiles & exemplares in medium adducat, quippe quæ perſpicuè in huiusmodi fures mitiorem ſtatuunt pœnam: velut & conſtitutio Palatina tit. 57. ex qua furto centum florenorum irrogatur pœna capitalis, eaque non ſimpliciter, ſed ſi officialis interverterit pecuniam, **geſchrlicher/fürſetzlicher/ und diebiſcher weiſe**. Plane conſtitutio criminalis *Caroli V. artic.* 170. *nullam hic* quoad pœnam differentiam facere videtur: quamvis in ſpecie loqui videatur de iis: qui rem aliquam in individuo reſtituendam acceperunt, quod in officialibus ſecus eſt.

LIT. G. & H.

Divisio. Proponitur diviſio furti in manifeſtum & non manifeſtum. Illud definit eſſe, quando fur deprehenditur cum re furtiva: & in exegeſi ſubiicit duplicem deprehenſionis ſpeciem, manu & oculis: modò, ut addit alterutri horum coniungatur exclamatio, ex Vult. cit. c. 48. Verum acclamatio iſta neceſſaria quidem eſt, ſi fur viſus tantum debeat haberi pro fure manifeſto *arg. m. l* 7. §. 1 *h tit.* ceterum iniectio manus ſola ſatis manifeſtum furem efficere videtur: niſi quod forte aliquando, ad probandam deprehenſionem & manus iniectionem acclamatio requiratur. Hanc autē diſtinctionem ſublatam hodie ait Obrecht *diſp.d.furt.th.*16. non, ut opinior, quod plane hanc circumſtantiā in conſiderationem venire negaret, cui opinioni adverſatur conſtitutio Carolina *art.*157. ſed quod etiam pro furto non manifeſto hodie imponatur pœna capitalis.

Tri-

THESIS II.

LIT. A.

Proponit furti ſubdiſtinctiones à variis adiunctis, & illas quidem ut ait utrique ſpeciei furti, manifeſti, & non manifeſti convenientes. Verum ita in omnibus res ſe non habet. Nam 1. Juſtin. *in §. furtorum 3. Inſt h. t.* aſſerit quod furtum conceptum & oblatum, ſint potius ſpecies diverſarum actionum quam genera furtorum: quoniam oblati furti actio eſt contra eum qui ipſe fur alteri rem dolo malo obtulit, ut apud eum quæſita deprehenderetur §. 4. *Inſt h. t.* (nihil autem de hoc reperio apud Feſt. à Treut. citatum) & nulla adeò hic ſpecies furti. Deinde furtum conceptum & apud aliquem, qui ſcil. ſciens illud recepit, inventum, non poteſt utrique ſpeciei, furti manifeſti & non manifeſti ſubiici: ſed aut non manifeſto, quia deprehenſus utique non fuit in furto: aut manifeſto, ſi pœnam attendas: quoniam teſte *Gell. lib. 11. cap. 18.* Decemviri furta quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, vindicaverunt. Quid autem ſi furtum per lancem & licium, vel potius olim fuerit, nemo diſcet ex Gell. d. loc. ubi ſimpliciter pœna eius proponitur: nec ex eodem 16 *noct. Attic.* 10. ubi hoc tantum habetur, quod quæſtiones furtorum per lancem & licium evanuerint. Neque res expedita eſt, de qua varias eruditorum coniecturas extare refert *Hadrian. Turneb. lib. 30. adverſarior. cap. 23.* Sed res nimirum ita ſe habet, ut furta per lancem & licium concepta dicerentur, quæ arguente domino cui furtum factum erat, & ex adverſo domino ædium res furtivas ad ſe delatas eſſe negante, in ædibus inquirebantur & inveniebantur. Et nimirum ut Feſt. autor eſt in verbo, *lance*, qui ita furtum quærere ibat in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfam. aut virginum præſentiam. Etenim ſimplici licio contectus & indutus, parum à nudo diſtabat: cuius ſimplicis veſtitus iſta ratio erat, ne aliás ſub veſtibus aliquid inferri, & domino ædium calumnia creari poſſit. Firmatur hoc ex *Platone libr 12. d. legib.* (licet enim hic decemviris recentior, ex veterib. tamen Græcorum legibus, ex quibus etiam Romani magnam partem 12. tabb. expreſſerunt, hoc hauſiſſe videri poteſt) ubi vult, ut qui in alienis ædibus aliquid quærere cupit, juret prius,

prius, se sperare inventurum, quod quærit, & inde nudus vel interula saltem vestitus & discinctus ingrediatur: quem locum ad §. 4. *Institut. h. tit.* citat etiam Hottoman. cuius altera coniectura nullius omninò pretii est: sicut inepta explicatio *Alexandri ab Alex. lib 6. genial. dier. cap.* 10. ubi furta per lancem & licium inde dicta existimat, quod fures qui in alienas ædes penetrabāt, ex sagaci quadam solertia, licium ferebant, quo furta alligarent, & lancem præ occulis ne innotescerent. Errat etiam *Turneb. d. c.* 23. qui inde deducit, quod furtivam rem quærenti lex cōcesserat, ut sese accingeret licio, quo expeditior ad quærendum esset.

Inquisitio tamen.] Nihil impedire video, quo minus hodieque rei furtivæ inquisitio in ædibus alienis fiat, duobus concurrentibus quæ hic requirit Treut. 1. si ad adsint nō levia indicia ex quibus colligi possit, rem in alicuius ędes delatam esse. 2 si magistratus autoritate hoc fiat. Et male Treut. contrariam opinionem Dd. imputat: quoniam citatus Clar. qui Abbatem pro communi opinione eam venditare asserit, ipse aliis autoribus eam quam hic Treut. defendit sententiam, communem esse, & in praxi observari testatur: neque quis temere officio magistratus cancellos istos præscribere possit, extra quos magistratus, ratione & æquitate suadente id impartiri nequeat.

Ad furtum conceptum.] Ait quod ad furtum conceptum pertinuerit actio de tigno iuncto: id est, ut arbitror, quod tignum furtivum ædibus alienis junctum, aut potius ipsa iunctura tigni pro furto per lancem & licium concepto habita fuerit. Sed dubium facit, quod cum furta per lancem & liciū concepta ut manifesta fuerint vindicata, actio de tigno iuncto est in duplum, & etiā contra eum, qui bona fide tignum furtivum iunxit, ut ostēdimus *supra disp. 20 th. 6 lit. A.* & ista vetus querendi ratio minus commodè hic locum reperire videtur.

LIT. B.

Diurnum & nocturnum.] Posterius hoc gravius esse ait Tr. quoniam in quandam incidit latrocinii speciem: ideoque nocturnus fur ex lege Dei impunè occiditur *Exod.* 22. *vers.* 2. idemque jure Canon. *cap.* 3. *d. homicid.* ex lege itidem Solonis, velut attestatur *Demosthen. in Orat. adversus Timocrat.* & apud Romanos ex ll. 12. tabb. ex quibus hanc refert *Macrob. lib.* 1. *Saturnal. cap.* 4. *si nox furtum*

tum faxit, si illum aliquis occidit, iure casus esto: in quam sententiam *Gell. lib. noct. Att. c.* 18: furem, inquit, qui manifesto furto prensus esset, occidi permiserunt, si cum faceret furtum, nox esset. Senec. *lib.* 10. *controvers.* 6. Lex, quæ nocturnum furem occidi iubet, quoquomodo iubet: & quidem omnimodo occidere permittit, ut est apud *Vlpian. tit.* 7. *d. furib. apud Ruffin. d. collat. leg. Iudaic. & Roman.* & Augustin. *quæstione* 84. *super Exod.* hoc etiam inquit, legibus antiquis secularibus cautum reperitur, impunè occidi furem nocturnum quoquo modo: prorsus ut *Cicer. pro Milon. paulo post princip.* XII. tabulæ, inquit, nocturnum furem quoquomodo impunè interfici voluerunt: idque ex LL. Atheniensium fluxisse videtur, quorum hanc L. refert Demosthen. in orat. cont. Timocratem, εἰ τις νύκτωρ ὁτιοῦν κλέπτοι, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι. Ratio huius rei duplex fuisse videtur: vel quia noctu non potest inclamari auxilium: vel potius quia eo tempore non potest discerni, an ad furandum an ad occidendum venerit. Et igitur aut à Tribon. est, aut ab interpretatione prudentum, quod ut nocturnus fur jure occidi possit, requiritur testificatio cum clamore *l.* 4. §. 1. *ad L. Aquil.* & ut sine periculo ei parci non potuerit *l.* 9. *ad L. Cornel. d. sicar.* quo fortassis respexit *Vlpian. ad Ruffin cit. loc.* referens Pomponium dubitantem, an L. 12. tabb. sit in usu: ex quo *Cuiac.* 14. *observat.* 11. nullam quoad hoc inter nocturnum & diurnum furem differentiam superesse existimat: nisi fortassis hanc, quod in dubio fur nocturnus ob periculum imminens occisus debeat præsumi: cum & meritò hic excusari debeat qui non semper exclamavit, quippe quod periculum sit, ne fur clamore excitato, extrema tentet: & si forte fur jam cubiculum ingressus sit, præsertim ab hominib. forte remotius, nimis serum ab exclamatione sit auxilium, si alter latronis animo venerit, aut incipiat induere animum latronis.

LIT. C.

Domesticum.] Definit hoc Treut. quod fit patrifamil. ab uno ex familia, uxore, servis, liberis. Et in uxore jus certum est, quod constante matrimonio actio nulla, sed eo soluto actio rerum amotarum detur. Per servos & liberos, parentes & domini omnia acquirunt, & ipsi in eos jus animadvertendi habent *l. servi.* 17. *in pr. hoc titul.* Prior autem ratio cessans facit, ut contra filium castrense peculium habentem actio furti detur *l. si quis* 52. §. *sed si. hoc tit.*

qui textus cum expressus sit, non erat cur Treut. tanquam in re dubia ita se putare diceret: sicut nec rectè dupli tantum mentionem facit, quia ex causa furti manifesti quadruplū pater consequetur. Verum hæc definitio Tr. angustior est definito: quoniam furta ea quoq; domestica dicuntur, ubi libertus vel cliens patrono vel mercenarius ei qui operas eius conduxit furtum fecit *l. si libertus 89. h tit. iuncta l. 11. §. 1 d. pœnis.* Sed cur in his casibus non nascatur actio furti, ut est *in d. l. 89.* vix occurrit sufficiens ratio: neque enim textus generalis *in d. l. 89.* ad furta levia restringi posse videtur, siquidē propter subreptam etiam gallinam actio furti nascitur: neq; cum Wesemb. in paratitl. hic inde ratio desumi potest, quod eorum fidei res commissæ sint: vel quia hoc minimè simpliciter verum est, vel quia etiam depositarius re utens furtum committit. Haud scio an ratio aliqua rectè petatur à jure veteri clientum, quorum famam lædere olim nefas erat, per ea quæ de jure illo patronatus & clientelæ tradunt *Halicarn lib. 2. & Plutarch. in Romul.* quamvis huc ratio ad mercenarios pretio ad breve aliquod tempus conductos vix accommodari posse videatur.

De furto à familia commisso.

Quid si nostra familia.] Si plures servi unius domini, furtum fecerint, ne dominus omnes noxæ dedere, aut universorum & singulorum nomine æstimationem præstare teneatur, sed præstando tantum, quantum unus homo liber, liberetur, edicto expressum est, *l. 1. in f. princ. & §. ultim. si famil. furt. fecisse dic. l. 32. in princip. ad L. Aquil. l. 9. d. iurisdict.* Sed, ut hoc addamus, occurrit hic non levis pugna diversorum textuum. Dicitur enim *in d. l. 32.* quod ex causa damni dati à familia teneatur dominus ad eum modum, quo tenetur, si familia furtum fecisset, ut videlicet liberetur præstando tantum, quantum unus liber homo pro damno dato præstaret. Atquin *in dict. l. 9. d. iurisdict.* respondet Paulus, si familia album corruperit, non similiter edici ut in furto &c. quia contemta maiestas prætoris vindicetur, & plura facta intelligantur, quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerint vel damnum dederint, quia plura facta sint, non ut in furto, unum. Hæc ita conciliari possunt, quod ex causa furti à familia commissi unum esse dicatur factum, quia hoc ipsum nominatim ita expressit prætor. Hac nimirum ratione & hoc respectu in damno facto vel iniuria illata dicitur non esse unum factum, quia hoc edicto suo præ-

tor

tor non expressit: sed interpretatione prudentum ex æquitate & propter identitatem rationis receptum fuit, ut etiam damnum à familia factum, pro uno facto haberetur. Et proinde *dict. l. 9. d. iurisdict.* ad τὸ ῥητὸν & verba, sed *dict. l. 23. ad L. Aquil.* ad mentem edicti ex interpretatione JCtorum erit referenda: &, ut non ineleganter Accurs. ait, comparatio corrupti albi cum damno dato *in dict. l. 9.* proposita, de similitudine facti non juris accipienda est. Et hanc conciliationem, licet in ea non acquiescat, proponit Govean. *ad dict. l. 9.* eademque est conciliatio *Cuiac. 8. observat. 20.* ubi tamen opinionis errore neminem ad ista respondisse dicit: siquidem effectu pene idem videtur sensisse etiam Accurs. *dict. l. 9 & ibidem Zas. num. 15.* Sed porro occurritur ex *l. si plures. 34. d. iniur.* ubi si plures servi aliquem iniuria affecerint tot esse dicuntur iniuriæ, quot sunt personæ. Et Accurs. quidem illum textum ad rigorem juris referendum, aut de pluribus diversorum dominorum servis explicandum existimat. Zas. autem d. loc. in verbis *l. 9 d. iurisd.* cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, particulam vel ait determinare non diversificare. Sed & possit accommodari prior distinctio, quod hactenus iniuria sive contumelia & damnũ iniuria datum comparantur quod utrobique plura sint facta, & quod de neutro edicto prætoris expresse quid determinatum sit, sed quod propterea non omninò comparanda etiam sint ad omnimodum juris effectum. Sed hæc à proposito paulo sunt alieniora: & possit alicui simplicior videri sententia *Hott. q. ill. 33.* ubi hac in re JCtos dissensisse existimat.

Quod tamen rectè limitant.] Quod dixerat, ob furtum à familia factum liberari dominum si eam æstimationem solvat, quam liber homo præstaret, limitari ait à Dd. ut non obtineat cum agitur criminaliter. Sed ista limitatio videtur paulò insubtilior: quoniam actio quæ ob furtum à familia factum contra dominum datur, non potest esse nisi civilis. Et constat hodie furtum pro publico delicto haberi: sed & quævis criminales persecutiones non in dominum, sed in ipsam servi personam moventur.

LIT. D.

In tumultu.] Non apparet aliud edictum prætoris circa hanc rem nisi incendio, ruina, naufragio, rate aut nave expugnata *l. 1. & t. t. d. incend. ruin. naufr.* quod posterius ad ædes etiam expugna-

eas transferendum censet JCtus *in l.3.§.2.eod.tit.* & *in cit. à Tr.l.18.C.h.tit.* juxta istud edictum prætoris eum qui ex ruina naufragio &c. aliquid abstulit, in quadruplum teneri rescribitur, & quidem intra annum tantum, post annum in simplum: in quo huius conditio melior est, quia actiones ordinariæ pro furto sive manifesto, sive non manifesto perpetuæ sunt *in pr. Inst. d. perpet. & temp. act.* hactenus autem deterior conditio illius, quod indistinctè etiam non deprehensus in quadruplum tenetur, quoniam illo tempore hominum animis alibi occupatis maior latendi & obrependi datur occasio. Et istis omnibus casibus, si ex incendio, naufragio, nave aut ædibus expugnatis quid subreptum fuerit, in tumultu ablatum generalius non malè dicemus: quia ad ista concursus hominum fieri & tumultus quidam excitari solet. Rationibus autem à Tr. propositis, quod furandi hic maior occasio & custodia rerum difficilior sit, (ex quibus tamen prior excusando furto facere possit, quoniam ut vulgo dicitur, occasio facit furem, & gravius furtum est in quo evidentior occurrit dolus & machinatio, quod fit adhibitis *scalis* & per effractionem: sed concludit ratio, si coniungas, quod *his casib.* difficilima custodia, ut nullà domino culpa imputari *possit*) hæc quoq; addenda est, quod inhumanū est, homines ita afflictos, fortunis insuper suis, & reb. quæ supersunt, evertere & spoliare velle.

Quæ eadem ratio facit.] Nimirum ex causa depositi in tumultu non datur contra depositarium simpliciter actio in duplum, quod absurdum fuerit, sed contra inficiantem *§. sed furti 26 Inst. d. act.* cuius rei ratio non est ea, quæ à Treut. initio h. tit. proponitur: sed quia est quasi depositum ex necessitate, eo scilicet respectu, quod non licet dispicere in personam depositarii, sed cuiusvis occurrentis fides sequenda est, quæ ratio expressa est *in l 1. §.4 depositi*. Istud autem ab hoc loco alienum ideo proposuit Treut. ut occasionem haberet agendi de lectione *d. d. l. 1. §. 4.* Verum res ista magni momenti non est, cum sit contentio tantum de phrasi: constat autem de mente JCti, quod publice intersit vindicari gravioris perfidiæ crimen. Rectè planè existimo reprehendi à *Robert. 1. recept. lect. 31* Cujacium, *in l. 2. Cod. d. d. fide hast. fiscal.* ubi *in d. l. 1. §. 4.* legendum censet, *publica inutilitas coercenda est*. Cæteroquin sive legas, *publica utilitate coercendum est*, id est publicæ utilitatis gratia, vel, uti verba textus proponit *Duar. 1. disputat. 11.* (ubi tamen

falsam

ſaltem agit & tractat de ſignificatione verbi, inutile) *publica autoritate coercendum*, eodem prorſus res eſt reditura.

Gravior adhuc.] Hoc referendum erat ad princ. lit. Rationis autem eſt ut gravius coërceatur, qui aliquid ſubripuit, quam qui rem cuſtodiæ ſuæ demandatam ſimpliciter negavit. Cæterum cum pro quocunque furto criminaliter agere liceat *l. ultim. hoc tit.* nec dubitari poteſt, quin etiam hi, qui in tumultu aliquid ſubripuerunt, criminaliter conveniri poſſint: verba autem Treut. *nam adhuc pro arbitrio ex qualitate circumſtantiarum judex pœnam corporalem infligit*, ambigua ſunt, & eo, quo jam dictum eſt ſenſu, vera: nam alias ſi civiliter & quadrupli actum fuerit, judex eo judicio pœnam corporalem indicere non poterit.

LIT. E.

In balneo.] Qui fures balnearij. Eſt Epigramma *Catulli* 34. *in Vibennios*:

O fur optime balneariorum,
Vibenni pater &c.

quem locum adducit *tit. Petr. Victor. libr. 7. variar. lect.* 17. & fures alios quoque qui ex locis publicis quid ſubripuiſſent, gravius, imò apud Græcos morte mulctatos fuiſſe ex Ariſtot. & Demoſth. *in orat. cont. Timocratem* confirmat. Enim verò in balneis tum difficilima eſt rerum cuſtodia, tum propter concurſum & frequentiam hominum facilius fur latere, & difficilius deprehendi & deſignari poteſt: quam coercitionis gravioris veram & ſolidam rationem eſſe *Fercat. dial. 28. inf.* cenſet, eamque adducto loco *Plauti in rudinte, ſcen. intelligo* comprobat: quamvis *Alciat. 2. pa erg.* 38. plures addat ex Ariſtot. quod eiusmodi fur injuriam inſignem inferat domino, quem quantum in ſe eſt domum cogit redire nudum: quod inſignis impudentia videatur præcidere ſpem emendationis. Plane etiam Romanis delictum iſtud gravius habitum fuiſſe arguit *tit. 17. lib. 47. D.* ubi iſtud inter crimina extraordinaria refertur, & *in l.* 1. eiusmodi furem inſtar nocturni furis puniendum traditur. Ut nec dubitari poſſit, quin ut Treut. loquitur, locum hic habeat judicis arbitrium, videlicet ubi extra ordinem agitur, non ubi ordinario jure actione quadrupli vel dupli, cui furtum factum eſt, expetitur.

Idem de ſaccul ariis.] *In l. 7. d. extraord. crim.* fit mentio eo-

tum qui veritas artes in ſacculo exercent: quod *Forcatul.d.dial.28.* explicat de ſectoribus zonariis, qui artes ſuas exerceant in ſacculos, quos ſcilicet præcidunt: ſed rectius *Cuiacius 10.obſervat.27.* intelligit eos, qui magicis quibusdam artibus, vel, quod addendum videtur, ſubtilitate & celeritate quadam fallendo, pecunias ex ſacculis ſubducebant & ſubtrahebant: & vide ibi eundem Cuiac. de directariis, quorum mentio *in dict. l. 7. & in l. 1. §. d. effractor.*

LIT. G.

In grege abigendo.] Nihil hic occurrit, niſi quod in F. lit. ait, *plenius*, id eſt, acrius eum puniendum, qui de ſtabulo pecus abegit, quam qui de ſylva vel grege: contra *Cuiac.6. obſervat.8.* qui emendato textu autoritate Græcorum, *lenius* eum puniendum exiſtimat. Sed non negat Cuiac. quod Latinè dicatur rectè, *plenius coërcere*: & rationes eius non usque adeò magni ſunt momenti. Furtum nocturnum gravius habetur, quia in ſe habet ſpeciem quandam, vel certè ſuſpicionem latrocinii: & in furibus balneariis ſpecialis occurrit ratio: neque illa quam præcipuè urget Cuiac. quod graviori coërcitione opus ſit, ubi maior eſt furandi commoditas & occaſio, neceſſariò concludit: maximè ubi ex altera parte alia aggravans circumſtantia occurrit: veluti ſi quis perrupto aut effracto ſtabulo pecus abducat: in quibus ipſis terminis locum ratio Cuiac. invenire videtur, quod paſtores confiſi ſecuritati ſtabuli, minus ſollicitam cuſtodiam pecorum agere ſolent. Neque enim hic verſamur in terminis eiusmodi populorum, qui ſine tecti munimento plauſtris pro ædibus utentes, pecora & armenta aliaque bona quaſi in propatulo & in ſylvis perpetuò habent: quod de Scythis teſtatur *Iuſtin. lib. 2.* qui locus â quibusdam ad confirmandam Cuiac. ſententiam adduci ſolet.

LIT. H.

Diſtinctionem præmiſſarum uſum ſpectari ait in exaſperanda vel mitiganda pœna: quoniam videlicet gravius puniuntur fures nocturni, ſacculari, balnearii, abigei &c. itemque effractores: à qua tamen circumſtantia nulla proponitur diſtinctio in theſi: fortaſſis ideo quod Treut. hanc circumſtantiam generalem & communem in exegeſi hac lit. facere videtur: & tamen furtum in balneo, in cædendis arboribus, in ſecandis zonis commiſſum, effractio-

stactionem adiunctam habere non videtur: sed & aliàs reliquæ distinctiones, quarum pleræque omnibus furtorum generibus rectè accōmodantur, omitti potuissent. Potuisset etiam generalior circumstantia peti ab obiecto, eoque referri delictum commissum in cędendis arboribus, de quo lit. F. & in subripiendis aratris: cuius pœnam veterem jure Saxon indictam improbavit *August. Elect. p. 4. const. 35.* ubi huic furto æqualē cum cæteris indixit pœnam: quæ sententia est *Treut. hic, in vers. sed id ad regulam.*

THESIS III.

LIT. A.

Pœna furti.] Præter persecutionem, ut inquit Treut. rei ipsius furto ablatæ: id est, ut non tantum detur actio pœnalis dupli vel quadrupli contra furem, sed insuper etiam supersint actiones rei persequutoriæ, & nimirum, rei vindicatio & condictio furtiva: ex quibus illa nihil huc pertinet: quoniam datur jure dominii, contra quemcunque possessorem. Condictio autem furtiva actio personalis est in furem tantum eiusque hæredem, eaque non simpliciter persecutoria, tanquam actiones quædam ex delicto, sed potius tanquam actiones ex contractu, atque adeo ut detur contra hæredes in solidum, etiamsi nihil ad eos pervenerit. Etenim licet non admisso furto non esset locus huic actioni, non tamen propterea ex delicto dici potest hæc actio *l. 10. §. 2. d. compensat.* Interpretes quidam ex quasi contractu hanc condictionem deducunt, quod Marc. Lycklama novissimè sequutus est: verum nullam hic animadvertere licet tacitam vel præsumtam qualemqualem conventionem, sine qua nullus quasi contractus subsistere potest. Est plane ista irregularis condictio, iuxta vulgatum istud, quod nemo rem suam condicat præterquam furi, quoniam contra naturam aliarum condictionum condictio hæc domino, eique soli datur *l. 1. d. condict. furt l. 14. §. 4. d. furt.* Et proinde sapere videtur quandam naturam vindicationis, salva tamen hactenus natura condictionis, ut tantum adversus furem eiusque hæredem detur: cum aliàs iniquum fuisset, furis hæredem, contra quem actio pœnalis pura dari nullo modo potest, per interitum rei liberari: maximè cum, quod omninò notandum, condictio hæc simplicem

habeat

De Pœna furti.

habeat persecutionem rei quæ ex patrimonio nobis abest, non autem coërceat aliquem dolum: ideoque hactenus diversa ab actionibus ex delicto aliis, quæ persequutoriæ rei dicuntur, veluti tributoria *l.* 7. §. *ultim. cum l. sequen. d. tribut. act.* actio in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi causa *l.* 4. §. *ultim. cum ll. sequent. d. alienat. iudic. mut.* Et adeo licet istæ actiones contra hæredes non dentur, nisi in quantum ad eos pervenit, rectè tamen cum Treut. hic & *supra part.* 1. *disputat.* 22. *thes. ult. lit.* D. defenditur, quod condictio furtiva in hæredes ad quos nihil etiam pervenit, in solidum competat. Videri autem possit alicui hæc ratio & quasi necessitas fuisse introducendi hanc condictionem furtivam, quod cum actio furti mere pœnalis non contineat in se rei persecutionem, nulla ratione in hæredem dari posset, nec quidem in quantum ad eum pervenisset, (quod in cæteris actionibus mixtis secus est,) actio aliqua rei persecutoria, qua hæres conveniretur, fuerit introducenda. Et hęc ratio suadere videtur, contra quam modo dicebamus, ut condictio furtiva non nisi in quantum ad hæredes pervenit, moveri posset. Et accedit, quod nihil occurrit, propter quod melior debeat esse conditio eius cui furtum factum est, quam cui quid per vim ablatum vel extortum est, & omnium eorum, qui actionem mixtam pœnalem habent, qua contra hæredes non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, experiuntur: inde porro hæc condictio necessitatis gratia introducta, eâdem conditione & qualitate, qua actiones pœnales mixtæ in hæredes danda videtur. Responderi hic fortassis possit, quod diversitas actionum & formularum, necessario inducat diversum effectum, & postquam quacunque ratione condictio furtiva hic prodita est, eam sub natura & qualitate aliarum condictionum contra hæredem concedendam esse: quamvis illa etiam causa introductæ huius actionis, coniectura, sit tantum, non certa veritas. Sed cum raptor bonorum furti manifesti teneatur, de quo infra dicemus, condictio quoque ista contra eum eiusque hæredem non denegabitur. Verum quæstionis huius pleniorem tractationem reiicimus ad locum, quo ipse hic se remittit Tr.

Vel vindicando.] Hæc nimirum actio in rem non datur cuivis cui furtum est factum, sed tantum domino rei: quod scilicet dominium ex natura huius actionis probabit petitor: quod cum

suffi-

sufficiat in isto genere actionis, falsum videtur quod Treut. addit, eum necesse habere probare, quod res furto sit ablata: nisi accipiatur ex hypothesi, ubi videlicet possessor titulum iustum & ita recentius dominium ostendit: quo casu absolvendus erit, nisi actor furto rem sibi ablatam probet: hic enim vincet actor, quoniam rei furtivæ nulla est præscriptio: idque ita apparet ex constitutione Carolina *articul.* 208 *& sequent.* Quod ad sumtus attinet, quos fecit possessor, citatus à Treut. *articul.* 213. tantum loquitur de subreptis animalibus & alimentis: sed in genere ita jure communi obtinet, ut bonæ fidei possessori impensæ in rem factæ sint prestandæ, de quo alibi tractatur. Quod in F. huius lit. tanquam singulare proponit Treut. *ex articul.* 207. ut vindicatio rei furtivæ apud judicẽ criminalem rectè institui possit, locum tantum habet, ubi res furtiva ad judicem illum, cum aliàs domino non comparente penes fiscum maneret, pervenit, atq; ita extra ordinem causa tractatur: & procul dubio secus erit, si de actione contra privatum possessorem instituenda quæratur.

LIT. B. & C.

Ex jure civili pœna furti est dupli vel quadrupli, ubi videl. civiliter agitur: nam & hoc jure criminaliter agi posse constat *l. ult. h. t.* Ut autem de ratione differentiæ constet, inter furtum manifestum & non manifestum, de qua initio lit. C. statim agit Treut. illud prius expediendum est, unde, ex quo jure & ex quibus legibus hæc pœna eiusque diversitas descendat. Et respondet Tr. quod hæc pœna & differentia promanet ex L. XII. tabb. Etsi judicetur ex autoribus à se citatis, *Wesemb in paratitl. hic Anton. Cont.* 1. *lectionum.* 2. rectè sentit Treut. sed verba falsam præ se ferunt sententiam, quod utraque pœna dupli & quadrupli, de qua hic agitur, sit ex L. 12. tabb. Etenim docemur ex fragmentis 12. tabb. quæ Hottoman. Balduin. Marcill. & novissimè Jacob. Gotthofr. collegerunt, & perspicuè *ex Gell. lib.* 11. *cap.* 18. quod ex L. 12. tabb. pœna furti manifesti in servos capitalis, in cæteros corporalis quin & addictio in servitutem, sed furti non manifesti dupli tantum fuerit. Et de illa quidem inter omnes convenit, de hac autem dissentiunt *Baro hic, & Duar. ad tit. D. d. furt. cap.* 6. qui pœnam etiam dupli ex edicto prætoris descendere putant, hac fere ratione, quod latior sit differentia & excessus proportionis inter illa duo

Pœna dupli aut quadrupli.

pœnarum genera, pecuniariæ dupli & corporalis, quàm ut uni eidemque legi debeat adſcribi, cum circumſtantia illa furti prehenſi vel non prehenſi tantam delicti diverſitatem inducere non poſſe videatur. Sed horum ſententia refutatur 1. ex paulo ante citatis collectoribus, à quibus hæc L. 12. tabb. refertur. *Si adorat*, vel ut aliqui malunt, *adolat furto quod nec manifeſtum eſcit, duplum decidito*, vel *duplione damnum decidito*: quamvis illa verba poſteriora, *duplione decidito*, non extent apud Feſtum, qui ſub lit. M. in verbo, *nec*, hæc refert verba XII. tabb. *ſi adorat furto, quod nec manifeſtum eſcit*: ſed addita ſunt illa *ex Gell. d. cap.* 18. *libr.* 11. ubi ita diſertè ſcribit: *aliis inde furtis non manifeſtis pœnam impoſuerunt dupli*: & impoſuerunt nimirum decemviri: quod totus ille locus & contextus neceſſario evincit. Neque alia ſententia videtur Catonis *in præfat. d. re ruſtic.* maiores noſtri, inquit, ſic habuerunt, & ita in legibus poſuerunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli: intendens videlicet digitum ad veteres leges XII. tabb. Confirmatur hoc *ex ſ. princ. Inſtit. d. perpet. & tempor. act.* ubi actio tantum furti manifeſti refertur inter actiones prætoris. *Et textus* in hanc rem apertior *in §. ſunt autem. 4. Inſtitut. d. noxal act.* ex quo eiuſmodi argumentum deducitur. Si ex legibus quæ *in d.* §. 4. opponuntur edicto prætoris, eſt actio furti noxalis, ergo ex legibus eſt actio quædam civilis furti ad pœnam pecuniariam, & ea conſequenter actio furti non manifeſti, quoniam alteram ex edicto prætoris eſſe conſtat. Atquin ex legibus eſt talis actio *d.* §. 4. Ergo &c. Ratio connexi eſt, quoniam propter delictum in quod corporaliter animadvertur, veluti furtum ex L. XII. tabb. non poteſt dari actio noxalis, quæ ſcilicet natura ſua eſt pro æſtimatione damni, quam dominus noxæ dedendo evitat. Ad obiectionem autem quam Baro & Duar. à nimia pœnæ diſtantia deſumunt, reſponderi poteſt, 1. quod non ſemper accurata & certa veterum legum reddi poſſit ratio. 2. quod cum Draco & Solon, uterque Legislator Athenienſium, ille acerbè nimis, & indicta pœna mortis, hic clementer ſatis conſtituta pœna dupli, in fures animadverterint, inde decemviri apud Romanos, qui leges ſuas à Græcis mutuati ſunt, hac in re tum Draconis acerbitatem in furibus manifeſtis, tum Solonis lenitatem in furibus non manifeſtis, imitati, & hoc modo utriusque ſeveritatem & humanitatem, quodammodo

modo inter se temperare voluerint. 3. Quod decemviri hic imitari voluerint mores Spartanorum, apud quos, ut paulo superius relatum ex Xenophonte & aliis, deprehensi flagris cedebantur, cæteroquin impunè habebant. Et existimare licet, tale quid etiam apud Athenienses & alios fortassis Græcos in usu fuisse, si fides habenda Suidæ, quæ sub lit. K. in verbo κλέπτης autore Aristophane Comico quem citat, testatur, furta olim non fuisse habita reprehensione digna, nisi fur deprehensus fuisset, his verbis: τὸ παλαιὸν οὐ διεβέβλητο ἡ κλοπὴ, εἰ μὴ φωραθεὶς ὁ κλέπτων ἀπήχθη: quin apud Spartanos hoc industriæ cuidam & ingenij solertiæ deputatum fuisse, colligitur *ex Gell. d. lib. 11. c. 18.*

Atque ex his videtur petenda vera ratio, propter quam furto manifesto ex edicto prætoris pœna quadrupli fuerit irrogata: quoniam cum ex L L. XII. tabb. latissima inter utriusque furti pœnam differentia esset, prætori autem pœna corporalis displiceret, eamque in pecuniariam civilem mutare constituisset, nec tamen prorsus differentiam omnem pœnæ tollere aut vellet aut posset, pœnam quæ actione civili exigi potest, gravissimam in locum corporalis sibi censuit subrogandam *§. omnes. 21. Institut. d. act.* ubi dicitur quod nulla actio civilis pœnalis detur ultra quadruplum: & satis ita clementer egit cum furibus, qui antea gravissima corporali pœna afficiebantur. Alii rationem petunt ab ignavia tum furis qui deprehenditur, tum patrisfam. qui non deprehendit: cum qua convenit ratio *Cuiac. 19 observ. 12.* quam probat & commendat Treut. quod plus debeat consequi, qui in fure deprehendendo fuit diligentior. Et tamen hanc rationem dubiam hæc faciunt 1. quia ea potius negligentia quæ committitur in non custodiendis rebus suis, quam quæ in fure non persequendo, in culpa est. 2. quia multorum ea in furando solertia est, ut etiam diligentissimos fallant. 3. quia nulla eius potest argui negligentia, cuius absentis vel noctu res subripitur. 4. & præcipuè, quia fur manifestus est, qui non tantum à patre famil. cui furtum fit, sed etiam qui ab alio deprehenditur *§ furtorum. 3. vers. imò h. tit.* Et hinc nec illud probandum est, quod Treut. ob eandem à Cuiac. propositam rationem actionem furti manifesti perpetuam esse ait: nam & furti non manifesti actio perpetua est, *& Iustin. in f. princip. Instit. d. tempor. act.* simpliciter ait prætorem absurdum putasse, illam

actionem anno concludi, quippe quod delictum levius furti non manifesti actione perpetua vindicaretur, quæ si annalis fuisset, illam quoque actionem prætor annuam fecisset, quæ ordinaria est actionum prætoriarum natura. Possit fortassis quis existimare, prætorem in fures manifestos ad instar fœneratorum animadvertere voluisse, qui pœna quadrupli coërcebantur, ut Cato scriptum reliquit supra cit. loco, & Ascon. Pædian. comment. in Orat. Cicer. quæ dicitur Divinatio. Frustra autem contra istam pœnæ diversitatem quidam obiiciunt, quod occulta scelera gravius sint punienda, quam quæ palam fiunt. Etenim 1. omne furtum natura sua clam fieri solet, & ista distinctio non tam ex modo furandi desumta est, quam potius ex eo, quod fur etiam post delictum perpetratum deprehenditur. Deinde quod occulta gravius sint punienda, in iis demum verum est, quæ possunt esse & sunt indifferentia, quam communem Dd. sententiam refert *Iason in §. ex maleficiis Inst. d. action. num. 20.* unde gravius punitur, qui V.C. clam cum cognatâ sua consuescit, quam qui palam, in quo ignorantia præsumitur: cæterum quæ natura sua & semper turpia & prohibita sunt, gravius si palam fiant, sunt coërcenda.

Si res perierit quo dolo vel culpa[?] *Si res perierit.*]: Hoc non tam videtur pertinere ad actionem furti quæ merè pœnalis est, quàm ad condictionem furtivam, quæ rem eiusque æstimationem persequitur: & quod dicitur de juramento in litem *in l. 9. d. in lit. iur. gloss. Bartol.* & alij, magis explicare videntur de condictione furtiva: quamvis juxta eosdem & de actione pœnali accipi potest, quæ etiam fere semper per actionem furti designari solet: etenim quadruplum aut duplum in eundem est ad rationem simpli, quanti res est: quæ si dolo malo à fure non exhibeatur aut corrupta sit, nec absurdum sit in actione furti in litem jurari, ita ut fortassis etiam juramento affectionis locus sit: quamvis Dd. communiter *in d. l. 9.* tantum juramentum veritatis admittant. Et sane cum contumacia admissa, non respiciat actionem furti, neque rationis sit, ut ultra duplum vel quadruplum veræ æstimationis actor consequatur, hac in re affectioni eius indulgendum non videtur, sed tantum in casu necessitatis juxta *l. 5. §. ult. D. in lit. iur.* hoc juramentum erit admittendum, & proinde particulare erit, quod Tr. affirmat, si res perierit, jurari in litem.

Sed pœna quadrupli ex soluta.] Adversativa hæc non videtur habere quo commodè referatur: cæterum vera videtur aliàs hæc sententia, quod per actionem civilem dupli vel quadrupli consumatur persecutio criminalis & viceversa: quoniam hæc actio civilis pœnalis est & ad vindictam, non autem rei persequutoria, pro restitutione rei, eiusve æstimatione, aut eius quod interest præstatione: cuiusmodi actiones nullam criminalem vel privatam vel publicam consumunt persecutionem. Et confirmatur sententia hæc his rationibus: quod pœna quadrupli & dupli delicto ipsi proportionata est: ut consequenter ea exacta non possit ulteriori pœnæ esse locus: & proportionata scilicet est ex jure Romano, de quo disputamus: idq; hinc ostenditur, quod ex L. XII. tabb. furto non manifesto sola pœna dupli irrogata fuit, & postea furto manifesto pœna quadrupli ex edicto prætoris, qui veterem pœnã improbavit, & in eius locum pœnam pecuniariam subrogavit. Et postquã igitur receptum fuit, ut etiam criminaliter ex furto ageretur *l. ult. hoc tit.* contra furem hoc modo punitum procul dubio prætor ordinariam actionem civilem pœnalem est denegaturus. Suadet & hoc conditio & qualitas privatorum delictorũ, quorum vindicatio tantum datur ei qui damnum passus est, & cui duplex vindicatio eiusdem delicti concedenda non est. Accedit perspicua ratio qua utitur JCtus *in l. 7. §. 2. d. iniur.* ubi per actionẽ civilem iniuriarũ ideo publicam persecutionem consumi affirmat, quoniam utroq; judicio idem factum & delictũ deducatur & vindicetur: quæ ratio prorsus etiam in furto militare videtur. Equidẽ *Cyn. in l. un. C. quando actio civil. crim. &c.* hanc reddit rationem diversitatis, quod actio iniuriarum competat pro re non æstimabili, sed actio furti pro re æstimabili, licet eius æstimationis duplum vel quadruplum persequatur. Verum replicabo, quod utcunque famæ non sit æstimatio per se, ubi tamen actione iniuriarum certa pecuniæ summa petitur, eam quodammodo æstimabilem fieri, argumen. *§. pœna. 7. vers. sed postea. Instit. d. iniur.* & utcunque illa revera famæ æstimatio non sit, attamen nec ipsum quadruplum ulla ratione dici potest æstimatio rei ablatæ, sed potius delicti admissi, sicut in actione injuriarum non tam fama, quæ revera non læditur, sed iniuria & petulantia æstimatur. Et habet ea distinctio & responsio Cyn. fallaciam causæ: quoniam non ea ratio est, propter quam actio iniu-

riarum civilis consumit persequutionem criminalem, quam Cyn. sibi imaginatur: sed quam reddit JCtis ipse *in d. l. 7. d. iniur.* quia in utroque judicio idem venit factum, & quia utraque actio tendit ad vindictam: quæ posterior quoque militat in actione furti, quæ merè pœnalis est, salva condictione furtiva & rei vindicatione. Et bene confirmatur hæc sententia per citatam à *Cuiac. 8. observat. 33. L. interdum 56. §. 1. h. titul.* & apertius *per l. 2. §. 1. vi bonor. rapt.* quæ ostendit quod per actionem civilem fiat præiudicium accusationi publicæ ex L. Jul. quoniam hic quoque idem factum est, quod utroque judicio vindicatur. Et inepta responsio est Cyn. & aliorum ita hos textus accipientium, quod utraque actio non possit simul intentari, sed possit successive. Hæc licet ita sint, communis tamen opinio imò communissima videtur esse in contrarium. Etenim *Cyn. in l. unic. Cod. quand. civil. act. crim. numer. 5.* & expressius *ibidem quæstione 2. numer. 7.* nec dubitare quidem videtur, quin post actionem furti civilem supersit criminalis persequutio & vice versa: quæ eadem Accurs. sententia est *in d. d. l. unic.* ubi verba Impp. *de re familiari*, explicat per verba, *propter rem familiarem*, ut sub regula ibi proposita etiam actio furti contineri possit, quam ait esse non de re familiari, sed propter rem familiarem. Idem probat *Salicet. in dict. l. unic. numer. 1. & 11 quæstione 4.* ubi hanc omnium contra Placentinum sententiam esse ait: idque ex responsionibus eius ad argumenta Placentini fit apertius. Neque aliud sentit *Bartol. in dict. l. unic.* & manifestè, nullo tamen adducto autore probat *Gomez. 3. resolut. 5. num. 4.* Et adducitur pro ista Dd. opinione 1. textus *in l. inde Neratius. 23. §. si dolo. 9. ad L. Aquil.* ubi dicitur si L. Aquil. actum sit, superesse adhuc accusationem ex L. Cornel. & tamen actio L. Aquil. pœnalis esse perhibetur *§. his autem 9 Institut. ad L. Aquil.* Respond. nihil hunc textum ad rem pertinere, vel quia ex L. Cornel. est accusatio publica: vel potius quia in occisione servi committuntur duo diversa delicta, homicidium, & damnum iniuria datum, quod solum L. Aquil. vindicatur, in qua tantum de servi æstimatione & interesse domini tractatur: vel denique, quoniam actio civilis ex L. Aquil. re vera est rei persequutoria non pœnalis, nisi ex accidenti quodammodo, quod res retro pluris fuerit: ut tamen & hic fictione juris rei persecutoria videatur: quoniam L. Aquil. fingit hominem eo tempore

pore quo retro pluris fuit, occisum fuisse. Deinde adducitur à Cyn. & Gomes. *l. ultim. d. furt.* Resp. ineptè & frustra eum textum allegari, in quo dicitur quidem, pro furto criminaliter experiri licere, sed quod hæc per actionem civilem non consumatur, & retro, ibi non dicitur. Neque nisi ineptè id colligere quis possit ex his verbis ultimis, *non ideo tamen minus si quis velit, poterit civiliter:* quorum minimè is sensus est, quasi hoc liceat, postquam criminaliter actum fuit, sed hic omninò, quod utcunque soleat pro furto criminaliter agi, non tamen ideo perhiberi quenquam ordinariè agere ad pœnam dupli vel quadrupli: quod dicitur remitti ad jus ordinarium *in l. 2. d. furib. balnear.* 3. adducitur *dict. l. un. C. quand. civil. act. crim.* ex qua quidem duplex obiectio contra sententiam quam defendimus desumi potest: & 1. quod ibi pro regula traditur, persequutionem criminalem non consumi per civilem & contra. Respondit iam olim Placentinus, quod *dict. l. un.* pertineat ad judicia publica, quæ omnibus patent: quam responsionem exempla *in dict. l. un.* subiecta confirmant: neque magni momenti est, quod movent Cyn. & Salic. titulum istum inter delicta privata & publica positum esse. Sed magis adversari videtur isti responsioni, quod hactenus eadem videtur publicorum judiciorum ratio, ut ubi pœna adæquata iis imposita est, persequutioni ulteriori non sit relinquendus locus: & *in l. 7. §. 2. d. iniur. l. 2. §. 1. vi bon. rapt.* etiam per actionem civilem præiudicium fit persequutioni publicæ. Rectius respondetur, quod actio civilis *in d. l. un.* significet actionem non pœnalem, sed rei persecutoriam, & quæ est de re familiari, ut ipsi Impp. loquuntur: neque ferendus hic est Accurs. qui verba ea interpretatione sua corrumpit & in peregrinum sensum detorquet: cum præsertim hanc quam dixi explicationem suadeant subiecta exempla: interdicti unde vi contra deiicientem, actionis præiudicialis contra libertum pro operis actionis civilis, contra eum qui falsum commisit &c. Et observandum hic, quod ex causa publicorum judiciorum non sunt proditæ actiones civiles pœnales, quibus aliquis duplum triplum vel quadruplum consequatur: & proinde non posse per actionem persecutoriam consumi publicam criminalem persecutionem: quod ipsum secus esse ostendit, ubi pro vindicando delicto actio pœnalis introducta est. Deinde ita inducitur *dict. l. unic.* quod accu-

ſatio ex L. Fabia, dicitur ibi non conſumi per actionem furti. Non dicam quod intelligenda ſit condictio furtiva: non etiam, licet id aliàs probet Accurſ. quod non ſit iſtud intelligendum de concurſu actionum L. Fabiæ & furti, ſed ſeorſim & ſeparatim: quoniam hoc bene refutat *Cuiac. 19. obſervat. 26.* nec etiam dicam ſpeciale eſſe in crimine publico L. Fabiæ: ſed dicam quod in ſubreptione hominis ſit duplex crimen, videlicet furtum, quod vindicatur actione propria propter interverſionem utilitatis, quam ex ſubrepto ſervo vel filiofamil. dominus vel pater habere potuiſſent: & plagium quod conſiſtit in ſuppreſſione & occultatione hominis & vindicatur ex L. Fabia: adeoque ceſſat ratio conſumtionis, quæ proponitur *in l. 7. §. 2. d. iniur.* quoniam videlicet idem factum in utrumque judicium non deducitur.

Ab hac autem propoſitione, quod criminalis perſecutio conſumatur per actionem furti pœnalem, excipit Treut. caſum propoſitum theſ. præced. lit. D. quo videlicet, ut opinor, *aliquis* in tumultu quid ſubripuit: hunc enim ait teneri in quadr*uplum*, ut tamen nihilominus judex adhuc pro qualitate circum*ſtantia*rum pœnam corporalem irrogare poſſit: etenim pa*rticula*, *adhuc*, arguere videtur, quod etiam poſt exactam pœnam quadrupli criminalem perſecutionem ſupereſſe exiſtimet. Et hæc tamen opinio non ſatis mihi probari videtur ex *l. 4. §. 1. de incend. ruin. naufrag.* qui textus commodè refertur ad eum caſum, quo cui furtum factum eſt, ultro criminaliter experiri elegit: quo caſu quæ pœna irroganda veniat, illo loco explicatur.

Iſta autem ſententia de conſumtione actionis civilis per criminalem & retro, non videtur ſatis bene probari per citatum *artic.* 157. *& ſequent.* quoniam juxta illum non eſt electio, ſed in caſu furti non manifeſti, eiusque primi, & infra quinque ſolidos ſimpliciter fur liberatur, ſi ſolvat duplum, neque in hoc caſu pœnæ extraordinariæ criminali locus eſt. Sed in furto primo manifeſto infra quinque ſolidos juxta *artic.* 158. circumſtantia perſonæ facit, ut remiſſa pœna corporali locus ſit pœnæ quadrupli. In cæteris autem caſibus furti repetiti etiam non manifeſti, etiam infra quinque ſolidos, oſtendunt articuli ſequentes, omnimodò criminaliter in reum animadverti. Quin & amplius in prioribus duobus caſibus non tam remedio ordinario actionis, quam mero officio judi-

judicis totum hoc peragitur, ut ex ipsa constitutione apparet: planè licet actione furti instituta pœnam dupli vel quadrupli exigi dicas, non rectè tamen indefinitè dicitur, actioni huic ex permissu judicis esse locum: sicuti nec generale est, quod de consensu magistratus requirendo dicitur, sed tantum disponitur de furto primo manifesto, quod à persona aliàs honesta cōmissum fuit. Illud apparet, quod *in d. constit.* judex opponatur magistratui superiori, & ei qui hac in re non agnoscit alium superiorem: ut tanto magis appareat, extraordinarium esse, quod circa consensum supremi magistratus non habet locum.

LIT. D.

Cuius consilio & ope furtum factum est.] Non satis expeditum est, an ut actio furti detur, utrumque necessarium sit, an alterutrum, & quidem æqualiter sufficiat. Et responsum est *in l. sæpe* 53. §. *ultim. d. Verbor signif.* quod hæc verba, *ope, consilio*, separatim sint accipienda: & hæc ratio redditur, quod aliud sit factum eius, qui opem fert, aliud eius, qui consilium dat, imò ut ibidem additur, qui consilio furtum facit: ex quo consequitur, quod consilium citra opem vel operam, & hæc vicissim citra consilium, sufficiat, ut quis actione furti teneatur. Et pertinet eo quod dicitur *in l. 6. d. condict. furt. ope consiliove: & in l. si quis* 52. §. *neque verbo* 19. *h. tit. opem ferre vel consilium dare*: & textus ad hoc elegans *in l. in furti.* 50. §. *penult. hoc tit* ubi Ulpian. hæc ita distinguit: consilium, inquit, dare videtur, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad res surripiendas præbet. Sed non desunt, quæ contra ista movent scrupulum, & 1. quod ista videantur accipienda coniunctim, argum. *l. qui servo* 36. *inf. princip. h. tit.* ubi dicitur furti teneri, cuius *ope consilio* furtum factum est: & *in dict. l.* 50 §. 1. ibi *ope consilio furtum factum*: idque ex ipsa *dict. l.* 53. *d. Verbor. Signif.* confirmari videtur, his verbis: *& sane post veterum autoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi factum sequutum fuerit.* Deinde scrupulum movet quod Justin. ait *in* §. *interdum* 11. *inf. inst. h. t.* non teneri eum furti, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Ad ista in hunc modum responderi posse videtur, 1. quod utcunque hæc

Deope et Consilio.

Verba, *ope consilio*, sæpe coniunctim pponantur, non tamen necesse esse, ut ad effectum agendi utrumque concurrat, per *d. l. 53. d. V S* ex qua etiam docemur, quod ista duo in hypothesi non rarò concurrant. Verum ad evolvendam homonymiam vel maximè notandū est, quod consilium hic dupliciter usurpetur, quod rectissimè *in d. l. 53.* animadvertit Bartol. tum pro specie mandati cuiusdam, pro hortatione & instructione, quo demum sensu consilium per se & separatim incidit in crimen furti: tum pro maligno & fraudulento proposito & dolo: quo sensu consilium ab opera nunquam separari potest: quoniam si quis R. C. furtum commissuro scalas commodet ignarus, furti non tenetur. Deinde consilium aliquādo subsistit in terminis simplicis monitionis & hortationis, veluti si quis petenti pecuniam & egestatem professo simpliciter suadeat, ut furto sibi pecuniā quærat: & hic furti non tenetur, quo referendus est *§. interdum 11. inf. Inst. h. t.* sed tum demum, si juxta *l. in furti 50. § 3.* simul instruat furem, & rationem V. C. penetrandi in ædes, & locum ubi pecuniæ repositæ sunt, ostendat: quæ sc. consilii species *incidit in* furtum & furti actionem producit, si modò, quod *addendum* est, alter consilium hoc sequutus furtum commiserit: cæteroquin si consilio eo usus non sit, verius est cessare furti actionem *argum. d. l. sæpe. 53. in f. d. Verbor. Signif. & l. si quis 52. §. neque 19.* hoc titul. Et huc pertinet species *l. qui servo. 36. in princ. h. t.* ubi dicitur, eum qui consilium dedit, interim furti non teneri, sed tunc demum ubi furtum actu sequutum est: nec minus idem locus ostendit, quod simplex consilium non sufficiat, sed quod implicet aliquam opem, veluti si quis servo persuaserit fugam huic fini, ut ab alio surriperetur. Et nihilominus tamen verba hæc, *ope consilio*, rectè disjunctim excipiuntur: vel quia opera sola sufficit sine hujusmodi consilio, vel potius, quoniam in horum oppositione, opera actum proximè ad furtum directum, & in ipso furto auxilium præstitum significat. Non dissimilis controversia est de mandato, an quis ex simplici consilio mandati obligetur: qua in re itidem inter simplex consilium, & cum effectu persuadendi coniunctum distingui solet, ut notatum *supra part. 1. disputatione 27. thes. 5. lit. G.* quamvis alii distinguant, an quis etiam citra consilium hoc facturus fuisset nec ne: qua distinctione hic quoque utendum censet *Bart. in d. l. 53. d. V. S.* Illud difficilius est, quod ex sæpe

d. l. 53.

dict.l. 53. *d. V. S.* proponitur, & causam dedit Accursio & aliis ut existimarent, *in vers. & sane*, præmissam Labeonis opinionem improbari, & veteres, utcunque, ope consilio, disiunctim accipi posse admiserint, tamen ad effectum agendi super furto utriusq; concursum requisivisse. Et sane *Paul. in dict. l.* 53. in ea, quam paulo ante diximus, homonymia lusisse videtur, dum ait neminem videri ope fecisse nisi & consilium malignum habuerit: in quibus verbis utique consilium significat propositum fraudulentum, non autem instructionem ad furandum, de qua agit *ICtus in l.* 50. *§. pen. d. furt.* & de cuiusmodi consilio quæstio *in princ. ult.* proponitur. Sed & amplius quod ibid. à Paul. proponitur, *non sufficere consilium habuisse, nisi & factum sequutum sit*, dubitari possit, an referendum sit ad personam eandem, an ad diversas: licet utrumq; verum sit, quod utrobique simplex consilium non sufficiat. Et prorsus ita loquitur Paul. ut eius disputatio *in vers. & sane.* ad quæstionem præcedentem, an verba, ope consilio, coniunctim an separatim accipienda sint, non magnopere pertinere, certè magis eam involvere quam explicare videatur. Utique si opem ferre & consilium dare, ut diversa, & in diversis personis à fure principali considerantur, quæ haud dubiè Labeonis fuit sententia, sequitur necessariò, quod alterum ab altero separari, & pro altero seorsim actio furti concedi possit.

Alia autem hic nascitur controversia de condictione furtiva: quoniam Paul. *in dict. l.* 53. *in f. d. V. S.* expresè docet, quod ex duobus illis, quorum alter opem tulit, alter consilium dedit, alteri condici possit, alteri non possit: & condici videlicet ei, qui tulit opem, quod hic simul quodammodo contrectare videatur: non autem ei qui consilium dedit. Atquin nec contra illum condictionem furtivam dari disertè scriptum videtur *in l.* 6. *d. cond. furt.* Conciliationes & solutiones Accurs. omnes frivolæ videntur: quod *d. l.* 53. *d. V. S.* sit accipiend de condictione generali vel de actione furti, vel restringenda ad casum quo res ad eum pervenit; vel quod Bart. probat *in d. l.* 53. ad eum casum referenda, quo fur ipse non est solvendo. Haud scio annon probabiliter responderi possit, quod licet verba, ope consilio, separatim etiam fuerint accepta, nihilominus tamen veteres in singulorum persona, tum eius qui instruxit ad furtum faciendum, tum eius qui opem tulit, ista verba, coniunctim usurpasse, & ubi ope tantum vel consilio tantum fur-

tum factum fuisset, ope consilio furtum factum dixisse: quod inprimis ostendit *l.* 36. *d. furt.* ubi proponitur consilio furtum factum, & tamen ope consilio furtum factum dicitur: ad eundem modum *in dict. l. 6 d condict. furt.* ponendum est citra operam in actu adhibitam, consilium tantum præstitum fuisse: qua de causa malim *in d. l. 6.* expungi particulam, *ve.* Cæterum quid Treut. in principali quæstione sentiat, non satis apparet: plane ex eo, quod ista coniungit, & negat eum teneri furti, cuius ope & consilio furtum factum non est, colligere quis possit, quod Treut. existimet, ex solo consilio aliquẽ furti non teneri. Et hac in re iniuriam videtur facere W*esembec. in* §. *interdum.* 11. *h. tit.* quasi hic simpliciter & indistinctè neget, ope vel consilio furtum fieri: cum tamen hic expresse requirat & ponat terminos consuetudinis hodiernę, juxta quam imponitur capitalis pœna, quam Wesemb. rectissimè, ipso etiam mox approbante Treut. non nisi iis qui furtum ipsi admiserunt, aut in actu furandi adfuerunt, existimat esse irrogandam.

Imo etiam contra furis receptatorem.] Imo potius contra furti aut rei furtivæ receptatorem *l.* 14. *Cod. h. tit. iuncta l. penult. Cod ad L. Iul d. vi public. & l. si quis.* 12. *ad L. Fab. d. plagiar.* aliud est autem delictum eius, qui fures, aut alios sceleratos homines recipit & occultat *d l.* 12. *& t. t. D t. receptat. t. t. Cod de his qui latr.*

Non tamen similiter.] Istud de furto domestico & eius pœna non satis bene videtur cohærere cum præcedentibus: & poterat hac de re tractare *supra thes.* 1. *lit.* F. ubi agit de pœna furti circa res fidei alicuius commissas: vel etiam *th.* 2. *lit.* C. ubi itidem de furtis domesticis & eorum pœna quædam tractavit. Alia quidem est tractatio de re ipsa & essentia furti, alia de furti pœna: sed, ut ex locis jam citatis apparet, ipse Treut. omnia ea quæ ad hanc thesin de pœna furti pertinent, non explicavit, & utcunque fecisset, ista tamen connexio de pœna furti contra receptores, & fures consilio inconcinna fuisset. Sed ut hoc quoque addamus, istud etiam parum accuratum est, quod Treut. ait lit. D. pœnam furti extendi contra eum, cuius ope consilio commissum est: quia imò ope & consilio furtum quoque committi dicitur: ut proinde hoc rectius fortassis relatum fuisset sub th. 2. quoniam hinc quoque, & magis etiam quam per alias quasdam circumstantias eadem th. propositas, furtum variatur.

Cæte-

Cæterum quare propter domestica furta non detur actio furti tractatum est *d. thes. 2. lit. C.* & tamen non immerito mirum videatur, quod juxta ibidem tradita, actio furti datur contra filium qui habet peculium castrense *l. si quis 52. §. 5. hoc titul.* nec tamen datur patrono contra libertum nec patrifamil. contra famulum cuius operam conduxit: etenim nimis subtile illud fuerit, si filium ratione castrensis peculii non pro filio sed pro extraneo habendum quis dixerit. Non autem animadverto, quamobrem hic pro dissentiente citetur Clar. qui *in §. furtum. num. 22.* tum expresse excipit furta levia in quibus prosit exceptio domesticitatis *ex l. 11. §. 1. d. pœn.* tum insuper provocat ad consuetudinem: nam & ridiculum fuerit famulos mercenarios impune res quasvis subtrahere posse: *& l. 11. §. 1. d. pœn.* in gravioribus furtis admittit etiam publicam vindictam, id est, coercitionem in corpus: quoniam alias jure civili furtum publicum crimen non est: & fortassis furta leviora ab ipso patrono & conductore operarum in libertis & mercenariis potuerunt vindicari.

L I T. E.

Incipit hic tractatio de pœna furti hodierna, cui non puto recte inseri à Treut. quæstionem de furto seditiosa, id est, cum effractione & violentia coniuncto, (ut proinde verbo seditiosi Tr. abusus videatur) quod etiam ex ratione juris civilis pœna capitis aliquando coërceri potest. Sed agendum est de furto simplici: de cuius pœna satis late tractatur in constitutione Carolina *artic. 157. & multis sequent.* & ibi in furtum non manifestum simplex, primum, levius, infra quinque solidos, pœnæ dupli, vel si fur pauper sit, pœna carceris irrogatur. Quod si autem magnum sit, dubitari non potest, quin criminaliter vindicari possit, sive jure nostro Romano *l. ultim. h. titul.* sive *ex d. constit.* quæ pœnam permittit arbitrio judicis. Videtur autem Treut. ita argumentari: quod si pro furto etiam exiguo jure civili irrogatur aliquando pœna mortis, etiam & multo magis criminalis & arbitraria pœna pro furto magno non manifesto poterit irrogari. Verum antecedens istud ex cit. *l. penult. d. condict. causa data:* male probari videtur, vel quia ibi factum non jus proponitur: vel quia ibi agitur de servo, qui ob leviora etiam delicta in crucem agi solebant: vel quia proponitur servus magistratui oblatus & traditus tanquam in crimine depre-

Pœna furti hodierna.

hensus: ob manifestum autem furtum capitaliter ex L. 12. tabb. in servos animadvertebatur: vel denique quia proponitur traditus præfecto vigilum, ut textum illum ad furtum nocturnum pertinere probabiliter colligatur. De furto manifesto primo, quod Tr. hic unum appellat, satis perspicuè disponit constitutio Caroli, ex qua hoc retulit Tr. *lit. C.* & plenius *h. lit. in princip. vers. quid si unum.*

LIT. F.

Plurium furtorum.] Etiam duo furta plura dici possunt: & tamen receptum est ut pro tertio demum furto imponatur pœna mortis: quamvis hoc arbitrarium sit, & constitutio Carolina *artic.* 160. pro furto etiam primo magno, quod appellat quinque solidorum & ultra ex circumstantiis pœnam etiam capitis aliquando irrogari permittit: & tanto magis pro furto secundo pœna ista poterit irrogari, & tamen utroque casu ad consilium petitorum juxta *artic.* 161. pro tertio autem furto *artic.* 162. indistinctè jubetur irrogari pœna mortis, quoniam talis fur, ut ibi habetur, **ist ein mehrer Verleumbder vnd einem vergewaltigern gleich zu achten.** Quin videtur hic statui pœna mortis, etiamsi furtum sit infra quinque solidos: tum quia constitutio hac distinctione non utitur, quam tamen adhibet duobus præcedentibus articulis, tum quia hunc furem habet pro invasore violento. In utraque autem quæstione quæ hac lit. proponitur, cum communi assentior Treut. quin videri possit facilius debere irrogari pœnam capitis in furem, si pro criminibus & furtis antea commissis fuerit punitus, quàm si non fuerit: quoniam ratio pœnæ capitalis, ut mox dicemus, inde præcipuè desumi videtur, quod furta sæpius reperita excludere videntur spem emendationis: quæ spes magis deficere videtur in eo qui punitus delictum iterat, quam qui ut antea, ita porrò se fallere & latere posse sperat. Sed Tr. hac ratione procul dubio nititur, quod per pœnæ irrogationem delictum antea commissum purgatum quodammodo videatur. Sed nimirum verum est quod ex Clar. Tr. ait, quod furta ante commissa non tam ad puniendum, quam ad ultimum furtum aggravandum faciant: quamvis ex ista ratione colligi videatur, quod furtum etiam primum per se mereatur pœnam capitalem, quod non admiserim, sed omninò requiri iterationem delicti, ut propositum quoddam inemendabile colligi possit.

possit. Plane in altera quæstione interesse videatur, an extra territorium in quo quis ante furatus est, furtum quoque tertium capitale sit necne? Sed de his & aliis id genus quæstionibus, Clar. & alii qui criminalia tractarunt, & præcipuè Farin. sunt consulendi.

LIT. G.

Vt fur de patibulo suspendatur.] Libet hîc paulo latius digredi & excurrere in quæstionem, à Theologis, Politicis & JCtis tractatam, videlicet de pœna furti. Nimirũ ut pœna justa sit, inter eam & delictum proportionem esse oportet: iamdudũ enim explosa est sententia Stoicorum, qui omnia delicta æqualia esse statuebant: ex adverso autem rectissimè Horat.

——— adsit

Regula peccatis quæ pœnas irroget æquas:

Et consequenter pro qualitate, levitate gravitate delicti pœnæ sunt attemperandæ. Gravitas autem delicti ex variis rebus & circumstantiis, & præcipuè ex caussis æstimatur. Scilicet gravius fit delictum ab obiecto, si in Deum, principem, patriam vel parentes delinquatur. Gravius fit à proposito & mediis adhibitis, cuiusmodi intervenire solent in veneficiis, latrociniis &c. Gravius fit à forma: veluti in detestando contra naturam scelere, quod vulgo Sodomia appellari solet. Gravius fit à fine & effectu, veluti in homicidio, ubi etiam qualitas obiecti concurrit: & potest eò referri crimen adulterii, per quod spuria prole familiæ turbantur & confunduntur, solvitur sanctissimus coniugum amor, abrumpitur sacrosanctum & arctissimum vinculum, quod ipse in paradiso sanxit Deus, & quod signum est unionis inseparabilis Christi & Ecclesiæ. Horũ nihil in crimine furti occurrere videtur, quod ut plurimum occasione data non raro ex paupertate, in res viles, citra dolũ graviorem, & citra insignem reip. & societatis humanæ perniciem & incõmodum committitur: ut proinde capitalis & ea suspendii pœna quæ etiã post mortem, cadaverib. punitorum in furca relictis, quodammodo extenditur, proportionem ad delictum immenso intervallo excedere & superare videatur. Ideoque rectè olim videntur fecisse apud Romanos Decemviri, qui furtis non manifestis pœnam irrogaverunt dupli, teste *Gell.* 11. *noct. Attic.* 18. sed iidem non rectè, quod furtis manifestis pœnã corporalem gravissi-

mam

mam indixerunt: sed rectè prætor qui in locum eius pœnæ quadrupli substituit. Rectè etiam Solon, qui teste Gell. eod. loco, fures indistinctè tantum pœna dupli mulctari voluit: quamvis Demost. in orat. in Timocratem, referat Legem Atheniensium, ex qua tum demum dupli pœna fuerit, si dominus rem recuperasset: cæteroquin pœna decupli cum carcere quinque dierum. Rectè etiam Plato *qui 9. d. LL.* itidem pœnam statuit dupli, ut tamen qui non habet in ære, luat in corpore. Quin Spartanis & Ægyptiis impunita fuisse furta idem testatur Gell. & notatum supra *th. 1. lit. B.* Amplius de Colchis, quam gentem ipse adiit, ita Busbeq. *in Epistol. Turcic.* furandi, inquit, solertia in magna laude ducitur: qui dextro furatur Mercurio, magnus habetur: qui nescit, ut stipes & truncus despicitur, & vix luce communi dignus iudicatur: & Plutarch. in apophthegm. scribit, quod Dionysius maior fures vestium impunè abire permiserit. Sed ex adverso plurimarum gentiū instituta, quæ graviter in fures animadverterunt, proferre licet. Veteri Locrensium lege furibus oculos erutos fuisse, autor est Heraclides *d Polit.* Apud Turcas furem prima & *secunda* vice flagellari, tertia manu vel pede truncari memorant. Draconem Athenis in fures mortis pœnam statuisse autor est Gell *d. lib. 11. cap.* 8. Indi occidentales nullum crimen gravius furto vindicasse, & pro primo, servituti mancipasse, pro secundo, tanquam hostias mactasse, vel etiam per medium corpus adacto stipite interemisse perhibentur: pariter de Scythis *Iustin. lib.* 2. nullum scelus, inquit, apud eos furto gravius. Apud Lamprid. in vita Alexandri Severi refertur, quosdam reges Imperatori interroganti respondisse, apud eos furum supplicium crucem esse. Gallos quoque olim in fures capitaliter animadvertisse, colligere licet ex *Cæsar. lib. 6 d. bell. Gall.* supplicia, inquit, in eos, qui in furto aut latrocinio deprehensi sint, gratiora diis immortalibus esse arbitrantur. apparet autem ibi agi de suppliciis capitalibus. Apud Tartaros & Moscowitas levissima furta morte punita meminit *Bodin. 6. d. republ cap* 6. Refert Saxo Grammaticus *histor. Danica lib.* 5. quod rex Frotho furibus traiectis ferro nervis, in suspendium actis, lupum collateralem affigi præceperit. Eoque referri potest, quod ab Amasi Ægypti rege Herodot. *lib. 2. in f.* lege sancitum fuisse scribit, ut subditi singulis annis rationem ostenderent, vnde vitam

tam tolerarent, morte ei indicta qui hoc ostendere non posset: vix alia de causa, nisi quod eiusmodi homo furto aliisque malis artibus vivere intelligeretur. Sed & Græcis pœnam capitalem in fures usurpatam, ostenditur ex *Xenophont. 1. memoral.* ubi dicit, mortem esse pœnam, si quis furti convincatur: & apud eundem in libello de administratione domestica, Ischomachus, scriptum est, inquit, morte affici deprehensos fures: & legem Atheniensium refert Demosthen. in Orat. contra Timocrat. qua mors indicta erat ei qui ex Lyceo aut Academia aliquid vel minimi pretii subripuisset. Eandem pœnam approbasse Gothos probari videtur ex *Cassiodoro lib. 7. variar. epist.* 8. quamvis, inquit, nomen odiosissimum furum generalis persequatur assensus, tamen quia de effusione sanguinis humani agitur &c. Apud Germanos variè apud varias gentes in fures animadversum fuisse, leges earum, quæ nobis supersunt, ostendunt. In legibus Longobardorum *lib. 1. tit.* 25. sancitur, ut fur componat octoginta solidis, aut animæ periculum subeat: & *eodem tit. cap.* 54. pœna statuitur gradatim, carcer, signum in fronte, addictio & venditio in servitutem: quamvis ex legibus Salicis *tit.* 12. pecuniaria tantum pœna irrogetur. Legibus Visigothorum fustigatio pœna est. Leges Bojariorum, furibus mortem minantur. Extat in legibus Ripuariorum *tit.* 79. lex de fure, ut verba habent, penduto de patibulo. Beatus Rhenanus *lib. 2. d. reb. German.* iam olim apud Alsatios statutum refert ut, pro primo furto corium quis & capillos perderet, pro secundo manu privaretur, pro tertio absque omni dubitatione suspenderetur. Albertus Krantz. *lib* 4. *Saxon.* 9. meminit, quod Imp. Otto septem mansionarios in totidem prædiis & mansis, apud illum furti accusatos convictosque suspendio necari jusserit. Inter constitutiones Siculas sive Neapolitanas *lib. 3. tit. 36. cap.* 1. extat constitutio Friderici secundi, ut lanii & institores, fraudulenter in mercibus distrahendis versati, primò libra auri, aut si pauperiores sint, fustigatione puniantur: secundò manus ipsis præcidantur, tertiò, de furca suspendantur: ut tantò minus mirandum sit, si idem Imp. in constitutione sua notissima *de pace tenenda* veros quinque solidorum fures suspendii pœna affici voluerit. Denique huc referendum est, quod Tacitus in libello *de morib. Germ.* emendante ita Lipsio scribit, ignavos & imbelles, & corpore infames cœno ac palude, inje-

cta insuper crate apud Germanos mergi: ignavos scilicet & nihil agentes, & videlicet furto sese alentes. Nimirum gens ingenua & generosa vel maximè abhorruisse videtur genus hoc delicti, quod à Tacito alibi servile probrum appellatur, & eodem sensu ἀνελεύθερον à Platone *lib.* 12. *d. legib.* & à Plutarch. *in quæst. Roman. q.* 70. δουλικὸν ἁμάρτημα: & in legibus Longobardorum *lib.* 1. *tit.* 25. furtum homine libero dicitur esse indignum. Est tamen quod in utramque partem de generibus istis pœnarum disputetur, & ad varia supra citata loca respondeatur. Et nimirum ut Plutarch. refert in apophthegm. Dionysius ideò vestium furibus pepercit, ut Siracusani cogerentur aliquando finem facere convivandi & sese invicem inebriandi. Apud Spartanos pueris tantum permissa furta, ut Xenophon scribit in repub. Spartana, ut adsuescerent ad furta bellica: & ut *Gell.* 11. *noct. Attic.* 18. non ob turpe lucrum, sed pro exercitio disciplinaque rei bellicæ, quod furandi solertia & assuetudo acueret firmaretque animos adolescentum ad insidiarum astus, vigilandi tolerantiam & obrependi celeritatem. *Quis veterum* Ægyptiorum scopus fuerit ostendit *Diodor Sic. l. lib.* 1 *part.* 2. Jussit inquit Lex eos qui hanc artem furandi exercere vellent, nomina sua profiteri apud archifurem, & quod subtraxissent, ad eum protinus deferre, & quod ita subreptum esset domino quartam partem pretii solventi, restitui. Rationem hanc reddit legis, quod cum impossibile esset, omnes furto prohiberi, modum invenerit legislator, quo cives furto subtracta, pro exiguo redemtionis pretio reciperent. Ex adverso pœnæ gravioris apud aliquod gentes speciales rationes dari possunt: & apud illas præcipuè, quæ sine urbibus & locis munitis vixerunt, ut facilitatem furandi & facultatem atrocitate pœnæ inhiberent. Hinc apud Scythas gravissimum furtum, quoniam ut Justinus ait *lib.* 2. sine tecti munimento pecora & armenta habentibus, quid inter sylvas superesset, si furari liceret. Eadem de Indis refert *Bodin. lib.* 6. *cap.* 6. quod tenui filo tantum prædia divisa haberent: & idem de tartaris & Moscowitis, quod rarissima apud eos oppida, & in tuguriis aut casis humilibus cuiusque fortunæ positæ essent. Regi Danorum Frothoni quæ legis illius ferendæ causa fuerit ipse refert Saxo Grammaticus, quod alia ratione fraudandi & prædandi licentiæ infinitæ occurri non poterat. Neque mirum est, si capitale fur-

tum fuit ex legibus Draconis, qui minima etiam delicta morte digna judicavit. Asperitas Decemvirorum in fures manifestos posteritati displicuit. Quod Lamprid. Alexandr. Sever. in fures severissimum fuisse, nonnullos etiam in crucem sustulisse commemorat, aut in exemplum trahendum non est, & de eo dici potest, quod de Augusto Tacitus, eum in puniendis adulteris suas maiorumque leges supergressum fuisse: aut quod ex ipso Lamprid colligitur, ad fures & depeculatores publicos, repetundarũ & concussionis reos referendum est. Et de huiusmodi furib. accipi etiam potest, quod ex Alb. Krantz. supra retulimus: idque suadent sequentia verba, quibus Krantz. omnium favorem & amorem eo facto Ottonem sibi conciliasse narrat. Cassiodori locus explicari potest de furibus nocturnis: quoniam proponitur ibi formula prȩfecti vigilum, cujus imperium & jurisdictionem ad crimina noctu perpetrata ferè pertinuisse constat: quamvis videatur ex illo loco pro pecuniaria pœna furti argumentum duci posse, quoniam ei qui furta judicaturus est continentia iniungitur & commendatur. Apparet plane ex iis quæ hactenus persequuti sumus, à genere pœnæ, quæ apud diversas gentes diversissima fuit, de qualitate, aut gravitate huius delicti, judicium fieri non posse. Idque etiam animadvertere licet in aliis delictorum generibus, quorum aliqua apud varias gentes aut plane non, aut diversa plane ratione coercita fuerunt. Quod de adulterio ostendemus infra *disputat.* 32 *thes.* 2. Cæterum ex illius demum legislatoris sanctione & pœna judicare licebit de qualitate criminis, qui in ea æstimanda, & proportione utriusque constituenda falli & errare non potest. Qui nimirum est solus Deus, cuius judicio meritò acquiescendum videtur: cum in tanta diversitate consuetudinum & legum apud diversas gentes, ex depravato judicio sæpe turpiter aberrantes, vix aliquid reperire possit humana ratio & conscientia, in quo solidè & tuto acquiescat: siquidem ut supra *disput.*6. ostensum, quædam gentes incestos fratrum & sororum, quin & matrum & liberorum concubitus probarunt, Græci autem, cultissimus aliàs populus, infandum aversæ Veneris crimen impunitum reliquerunt, ut apparet *ex Aristot.* 2. *Politic.* 8. *Xenophont libr.* 2. *d. expedit. Cyri Plat. libr.* 1. *&* 8. *d. legib Herodot. libr* 1. Et tantò magis acquiescemus hic in sanctione Mosaica, quod furtum in se consideratum nullam habet facinoris atro-

citatem, nec, ut paulo ante dictum, pœnæ capitalis proportio est ad delictum: & mera petitio principii est, quod acerbissimæ illius pœnæ patroni, non ab obiecto rebus scilicet sublatis, sed aliunde rationem proportionis petendam esse dicunt, sed unde petenda sit ostendere non possunt. Neque minus illa petitio principii est, quod *Wesembec. in paratil. hic in f.* quem simpliciter & nudè sequuntur *Arumæus & Hœnonius in disputationibus suis*, affirmat, à furibus non minus violari humanam societatem, quam ab homicidis & adulteris. Et parum abest, quin hæc affirmatio iniuriosa sit in legem Dei, qui sapientissimus rerum æstimator, delicta quæ diversissimo pœnarum genere distinxit, ipsa etiam inter se diversissima esse ostendit. Ita autem scriptum est *Exod.* 22. ut fur bovis & vituli, quintuplum, ovis vel pecudis quadruplum restituat: rationem diversitatis reddere solent, quod illic maius sit damnum, maior furis audacia. Atquin si quis equum, vel ex adverso si quis gallinam subtraxerit, anne ille fortassis sextuplum, hic fortassis simplum aut duplum tantum restituere tenebitur: & quid *si quis* vitulum aut bovem in sylvis forte & à grege aberrantem, *sed pecudem* ex stabulo abduxerit? hic utique maior audacia *est*. Quid quod lege Dei furtum etiam bovis non nisi pœna dupli plectitur, si res adhuc in manu furis deprehendatur: pœna autem quadrupli vel quintupli locum habet, si quis subreptum bovem aut pecudem jugulaverit, vel alteri vendiderit: ut fortassis cautius Augustinus problema hoc *quæstione* 81. *in Exod.* propositum, reliquerit irresolutum. Quod si tamen duplum fur restituere non possit vel quadruplum, vendi eum jubet Lex Dei, & videlicet vendi non extraneo, sed fratri, adeoque ita vendi, ut septimo anno liberetur. Et hinc *Ioseph. lib.* 16. *antiquit. capite* 1. tanquam tyrannicam & legi Dei contrariam, insectatur constitutionem Herodis, ex qua simpliciter etiamsi fur solvendo esset, etiam extraneo & in perpetuum vendebatur. Est quidem Lex ista Mosis non moralis, sed forensis: ex qua tamen intelligimus judicium & sententiam Dei de furto, sapientissimi & supremi Legislatoris: neque apparet ulla solida ratio specialitatis & propria populo Israelitico, propter quam in ea republica tantum, furtum ita puniri voluerit Deus. Et ut paucis huc quoque excurramus, probabilis valde est opinio eorum, & inter eos *Iohann. Pisʃator. in comment. in Exod. in*

p. afixa.

præfixa explicatione quæstionis de abrogatione Legum Mosaicarum Wilhelmi *Zepperi de Legib. Mosaic. forens. lib. primo, capite quinto*, qui distinguunt inter leges, quæ sunt & statuunt de rebus mutabilibus, & reipublic. Israeliticæ propriis, veluti de servis manumittendis anno septimo, debito remittendo in anno Jubilæo, de coniugio fratris cognative viduæ, de contactu cadaveris &c. & inter eas quæ statuunt de rebus immutabilibus & communibus, quæ æqualiter se habent apud omnes gentes: veluti sunt, delicta moralia, furtum, homicidium, adulterium &c. & horum delictorum coercitiones. Et nimirum leges, quas Deus per Mosen populo Israelitico de his rebus sanxit, Christianos etiam obstringere, & in rebuspublic. eorum observandas esse, ex his rationibus non absurde opinari videntur: quod reprobatis Judæis in eorum locum successerint Christiani: quod observatio illarum legum pertineat etiam ad illustrandam gloriam Dei, ad quam à Christianis præcipuè omnia referri oportet: quod regula justi in Deo & in lege eius eadem sit semper & immutabilis, & Deus semper sibi similis, & judicium eius de puniendis delictis perpetuo idem, & consequenter etiam de puniendi modo: quod Leges illæ Dei omnibus rebuspublic. conveniant & applicari possint: quod Apostolus *Iacobi capite quarto, vers.* 12. unum tantum esse dicat legislatorem, videlicet Deum, cui Christiani utique sese meritò etiam qua legislatori subiicere debeant, quippe qui agnoscant leges illas à Deo profectas esse: quod Deus in legibus istis declaraverit voluntatem suam in puniendis delictis, quas tulit populo Judaico, non quia huic tantum convenirent, sed quia reiectis aliis tum gentibus, eum populum sibi elegerat, cui voluntatem suam patefaceret: quod omnis magistratus & vel maximè Christianus, sit Dei minister, quem oporteat sequi voluntatem domini sui: quod judicium dicatur esse Dei, cuius sententia circa delicta eorumque pœnas non mutatur, neque illa magis aut minus nunc quam olim à Deo damnantur & improbantur, neque ullum mutatæ voluntatis in Deo proferri potest indicium: quod magistratus custos esse debeat utriusque tabulæ, quod officium non rectè præstabit, si non eo modo custodiat, quo custodiri voluit Deus: quod ex Leg. Moysis magistratus debeat discere officium

suum, cum omnia nobis praescripta sint ad doctrinam, & magistratus alias revera se bene judicare certus esse non potest, cum nullus populus sit, qui non in aestimandis delictis & irrogandis poenis falli possit: quod ipse Christus profiteatur se non venisse ut solveret, & hoc non tantum faciendo legem, sed etiam hortando ad earum observantiam: quod Christus Matth. 5. dum leges forenses Moysis explicat, easque à falsa interpretatione Judaeorum vindicat, hoc ipso Leges à Christianis quoque observandas esse ostendat: & denique quod si admittimus nos obstringi legibus moralibus, quod admittunt omnes, nihil obstare videtur, quo minus nos etiam fateri debeamus obstrictos legibus forensibus, in quibus illarum est executio: siquidem quod populo tantum Judaico leges latae dicuntur non tantum de forensibus, sed etiam moralibus eàd. ratione erit affirmandum: quoniam delicta prohibita esse, etiam ipsa humana ratio cordibus nostris inscripta dictare videtur, ut disputat ipse Apostolus capite 1. Epist. ad Roman.

Opinio Contraria Affirmativa. Sed ex adverso plurima quidem & haec praecipuè asserri posse videntur: quod cum abrogata Moysis politia simul ipsae quoque leges sublatae intelligi debeant: quod Daniel, Nehemias, Mardochaeus, & alii magnis honoribus apud Persas & Medos functi, procul dubio secundum horum leges judicaverint: quod ipse Paulus Apostolus captus & flagellari jussus provocat ad jus Romanū: quod parere jubet magistratibus, & iis videlicet Ethnicis, propter conscientiam: quod Christus gentibus tantum Evangelium suum praedicari, non autem iis leges ferri jusserit: quod doctrina Evangelii regibus & principib. prorsus illibatam conservet potestatem: quod nulli gentium conversae ad fidem injunctam observationem legis Mosaicę usquam legimus: quod Impp. Christiani jam inde à Constantino Magno legibus suis fuerint usi, nec unquam hoc nomine, ab ullo concilio, Pontifice, Patriarcha, Episcopo, & quocunque tandem legantur reprehensi: quod per adventum Christi legislatio Mosaica sublata videatur argumento prophetiae *Iacobi capite* 49. *Genes.* quod *Paulus capite 9. epist. ad Roman.* legislationem veterem Israeliticam inter speciales prorogativas populi illius referre videtur, quae prorogativae sublata ejus populi politia simul sublatae sunt: quod denique *Actor. capite* 15. videtur proba-

probari simplex liberatio Christianorum à Lege Mosis: & si autoritas aliquid ponderis habet, dubium non est, quin ista communissima sit & Theologorum & JCtorum sententia, quorum aliqui nec dubitant eo usque progredi, ut fanaticos appellare audeant, qui Leges Mosis in politias Christianas volunt reduci. Plerasque has rationes & earum momenta expendit *d. loc.* Piscator, apud quem videri possunt. Ego sicut temere pro alterutra parte calculum ponere nolim, & fortassis utriusque partis rationibus non usque adeo difficulter occurri posse existimem: ita prioris opinionis argumenta plus ponderis mihi habere videntur. Sed demus etiam, nulla præcisa necessitate magistratum Christianum ad istarum legum observantiam adstringi: nemo tamen sanæ mentis, ut opinor, negaverit bene & rectè facturum magistratum Christianum, si quam minimum à legibus his recesserit. Etenim cum omnes fateantur, leges Mosaicas exemplar quoddam esse condendarum legum, nemo non malit sese conformare ad hoc exemplar, & eius legislatoris, per quem reges regnant, quam aliarum quarumcunque gentium, quarum omnium in unum etiam collecta prudentia, cum sapientia Dei, non magis quam guttula aquæ cum vastissimo Oceano queat comparari. Sed & in tanta judicii humani & legum varietate nusquam reperiet judex, ubi tutò & securè ipsius conscientia acquiescat: siquidem hæc ipsa diversitas facit, ut gentes in constituendis delictorum pœnis necessario aberrasse oporteat: tutissimè autem in irrogandis pœnis sequetur legem Dei à cuius sanctione sola vera justitiæ norma desumi, & ad justitiam pœnæ concludi potest. Quæ omnia eò pertinent, ut intelligamus, pœnam capitalem in fures, utpote nimis exerrantem à Lege Dei, etiam à veræ justitiæ regula aberrare videri. Et solent tamen pro recepta illa pœna hæc disputari; & primo afferri, quod crescentibus delictis crescere debeant pœnæ. Et sane regulæ istius non ista tantum sententia est, ut revera quidam cavillantur, quod pœnæ ratione multitudinis numeri & iterationis crescere debeant, & pluribus peccantibus infligi, de quo nemo sanus dubitaverit: sed quod etiam pœnæ graviores delictis, quæ aliàs ex natura sua minori supplicio digna essent, propter nimiam frequentiam possint infligi: quo referri potest illud Taciti, quod multis grassantibus opus sit exemplo: ut videlicet pœnæ abstineat gravitas

à delin-

ſuum, cum omnia nobis præſcripta ſint ad doctrinam, & magiſtratus alias revera ſe bene judicare certus eſſe non poteſt, cum nullus populus ſit, qui non in æſtimandis delictis & irrogandis pœnis falli poſſit: quod ipſe Chriſtus profiteatur ſe non veniſſe ut ſolveret, & hoc non tantum faciendo legem, ſed etiam hortando ad earum obſervantiam: quod Chriſtus Matth. 5. dum leges forenſes Moyſis explicat, easque à falſa interpretatione Judæorum vindicat, hoc ipſo Leges à Chriſtianis quoque obſervandas eſſe oſtendat: & denique quod ſi admittimus nos obſtringi legibus moralibus, quod admittunt omnes, nihil obſtare videtur, quo minus nos etiam fateri debeamus obſtrictos legibus forenſibus, in quibus illarum eſt executio: ſiquidem quod populo tantum Judaico leges latæ dicuntur non tantum de forenſibus, ſed etiam moralibus eâd. ratione erit affirmandum: quoniam delicta prohibita eſſe, etiam ipſa humana ratio cordibus noſtris inſcripta dictare videtur, ut diſputat ipſe Apoſtolus capite 1. Epiſt. ad Roman.

Opinio contraria affirmativa. Sed ex adverſo plurima quidem & hæc præcipuè aſſerri poſſe videntur: quod cum abrogata Moyſis politia ſimul ipſæ quoque leges ſublatæ intelligi debeant: quod Daniel, Nehemias, Mardochæus, & alii magnis honoribus apud Perſas & Medos functi, procul dubio ſecundum horum leges judicaverint: quod ipſe Paulus Apoſtolus captus & flagellari juſſus provocat ad jus Romanũ: quod parere jubet magiſtratibus, & iis videlicet Ethnicis, propter conſcientiam: quod Chriſtus gentibus tantum Evangelium ſuum prædicari, non autem iis leges ferri juſſerit: quod doctrina Evangelii regibus & principib. prorſus illibatam conſervet poteſtatem: quod nulli gentium converſæ ad fidem iniunctam obſervationem legis Moſaicę uſquam legimus: quod Impp. Chriſtiani jam inde à Conſtantino Magno legibus ſuis fuerint uſi, nec unquam hoc nomine, ab ullo concilio, Pontifice, Patriarcha, Epiſcopo, & quocunque tandem legantur reprehenſi: quod per adventum Chriſti legislatio Moſaica ſublata videatur argumento prophetiæ *Iacobi capite* 49. *Geneſ.* quod *Paulus capite* 9. *epiſt. ad Roman.* legislationem veterem Iſtaeliticam inter ſpeciales prorogativas popu'i illius referre videtur, quæ prorogativæ ſublata eius populi politia ſimul ſublatæ ſunt; quod denique *Actor. capite* 15. videtur proba-

probari simplex liberatio Christianorum à Lege Mosis: & si autoritas aliquid ponderis habet, dubium non est, quin ista communissima sit & Theologorum & JCtorum sententia, quorum aliqui nec dubitant eo usque progredi, ut fanaticos appellare audeant, qui Leges Mosis in politias Christianas volunt reduci. Plerasque has rationes & earum momenta expendit *d. loc.* Piscator, apud quem videri possunt. Ego sicut temere pro alterutra parte calculum ponere nolim, & fortassis utriusque partis rationibus non usque adeo difficulter occurri posse existimem: ita prioris opinionis argumenta plus ponderis mihi habere videntur. Sed demus etiam, nulla præcisa necessitate magistratum Christianum ad istarum legum observantiam adstringi: nemo tamen sanæ mentis, ut opinor, negaverit bene & rectè facturum magistratum Christianum, si quam minimum à legibus his recesserit. Etenim cum omnes fateantur, leges Mosaicas exemplar quoddam esse condendarum legum, nemo non malit sese conformare ad hoc exemplar, & eius legislatoris, per quem reges regnant, quam aliarum quarumcunque gentium, quarum omnium in unum etiam collecta prudentia, cum sapientia Dei, non magis quam guttula aquæ cum vastissimo Oceano queat comparari. Sed & in tanta judicii humani & legum varietate nusquam reperiet judex, ubi tutò & securè ipsius conscientia acquiescat: siquidem hæc ipsa diversitas facit, ut gentes in constituendis delictorum pœnis necessario aberrasse oporteat: tutissimè autem in irrogandis pœnis sequetur legem Dei à cuius sanctione sola vera justitiæ norma desumi, & ad justitiam pœnæ concludi potest. Quæ omnia eò pertinent, ut intelligamus, pœnam capitalem in fures, utpote nimis exerrantem à Lege Dei, etiam à veræ justitiæ regula aberrare videri. Et solent tamen pro recepta illa pœna hæc disputari; & primo afferri, quod crescentibus delictis crescere debeant pœnæ. Et sane regulæ istius non ista tantum sententia est, ut revera quidam cavillantur, quod pœnæ ratione multitudinis numeri & iterationis crescere debeant, & pluribus peccantibus infligi, de quo nemo sanus dubitaverit: sed quod etiam pœnæ graviores delictis, quæ aliàs ex natura sua minori supplicio digna essent, propter nimiam frequentiam possint infligi: quo referri potest illud Taciti, quod multis grassantibus opus sit exemplo: ut videlicet pœnæ abstineat gravitas à delin-

à delinquendo, quos ordinaria pœna coërcere non poteſt. Et malè concludit Piſcator, quod ſi ob frequentiam augeri, etiam ex adverſo propter infrequentiam delictorum pœna minui debeat: quoniam pœna proportionata delicto non poteſt minui: ſed frequentia delicti facit ut etiam ſub graviori pœna proportio conſiſtat: ſed ita rectè concludetur, quod pœna propter frequentiam aucta, ceſſante cauſa, ad priorem proportionem debeat reduci. Huic affinis eſt alia ratio, quod niſi gravitate ſupplicii absterreantur fures, vix opes & fortunæ civium poſſint eſſe in tuto. Et verò ſi Indorum, Scytharum & aliorum populorum, de quibus ſupra dictum, legibus, irrogatam furibus pœnam capitalem defendimus, quod apud eas gentes res ſingulorum perexigua vel nulla cuſtodia ſeptæ erant, defendi etiam hodie poterit pœna capitalis, ſi adverſus machinas & dolos furum nullam ſatis domum munitam eſſe poſſe præſupponamus. Sed verendum eſt, ne non hypotheſis iſta falſa ſit, & prætextus iſte potius, quam ut verè oſtendi poſſit, frequentiora apud nos quam apud Judæos furta reperiri, ut adeo iſta videatur fallacia cauſæ: quoniam & olim apud Germanos veteres & in conſtitutione Carolina, circumſtantiam illam conſideratam fuiſſe in uſurpanda pœna capitali, non apparet. Sed & poſita illa frequentia, quæ tamen hypotheſis prorſus incerta eſt, vix tamen iſta circumſtantia immanem iſtum proportionis exceſſum juſtificare poſſit: cum multa inter pecuniariã & capitalem ſint intermedia pœnarum genera: ut fruſtra etiam huc afferatur vulgatum illud, quod qui non habet in ære, luere debeat in corpore. 3. adduci ſolet, quod cum pro tertio demum furto pœna ſuſpendii irrogetur, merito id fieri videatur, cum nulla ſupereſſe ſpes emendationis præſumatur: quam rationem innuere videtur conſtitutio Carolina *artic.* 158. ibi, da beſſerung zuverhoffen. Nimirum qui toties iterant furtum, habitum quaſi contraxerint, & iam mores mutare non poſſe, certè non mutaturi, quod vel experientia docet, creduntur, & de hominibus infimæ fecis, in quos iam fruſtra, carcere, relegatione vel fuſtigatione animadverſum fuit, fruſtra etiam meliorem frugem expectes: & eiusmodi ignavi fuci, non niſi aliorum labores depaſcere docti, ceu putida membra, ex ſocietate humana avellendi videntur: in quibus cum fini principali qui eſt correctio delinquentis, locus amplius non ſit,

ſecun-

ſecundario fini pœna inſeruire debet, qui finis eſt emendatio aliorum, ut videlicet alij pœnæ grauitate moniti, abſtineant à delictis. Verum periculoſum eſt temere iudicare, & de hominis emendatione deſperare: ſed neq; ex hypotheſi iſta protinus pœna capitalis irroganda venit: ſed & amplius non pauca furta citra machinationem operoſiorem ex occaſione perpetrantur: porrò etiam numerus ille furtorum trium non ſatis ſufficiens argumentum eſt, ex quo de hominis emendatione deſperare, aut habitum contractum concludere debeamus. Quin juxta conſtitutionem Carolinam etiam pro ſecundo, etiam aliquando pro primo paulò maiori, pœna capitalis irrogari poteſt: (& ita diſerte conſtituit. *El. Auguſt. part.* 4. *c.* 31. vbi prouocat ad jus & conſuetudinem) & denique quam circumſtantiam non expendit Deus, in ea fundamentum ſolidum pœnæ huius capitalis collocari non poteſt. Quarto obiicitur, quod in aliis quoque delictis non ubique apparet proportio eorum ad pœnam, veluti in crimine læſæ maieſtatis, ex *l.* 5. *Cod. ad L. Iul. maieſtatis*: ſicut & alia quędam re vera furta non pœnâ extraordinariâ grauiori tantum, ſed etiam pœna capitis coërcentur, veluti abigeatus *l.* 1. *de abigeis.* plagium *l.* 7. *Cod. de plagiar.* & ſupra retulimus ex Demoſth. in orat. contra Timocrat. quod in eos, qui ex Lycæo vel Academia aliquid ſubripuerant, pœna mortis fuerit conſtituta. Verum quod ad crimen majeſtatis attinet, dicemus de eo intra *diſputat.* 32. *theſ.* 1. Cæterum vulgatum eſt, quod cumulando inconueniens nodum non ſoluamus, neque minus in hoc genere pœnę eiuſmodi criminibus infligendæ gentes aberraſſe potuerunt: quamuis etiam rectè vulgo furtum ſimplex ab aliis furtorum ſpeciebus quæ atrocitatem quandam in ſe habent, diſtinguatur. Quinto afferri ſolet iudicium Dauidis ex *lib.* 2. *Sam. c.* 12 quo mortis reum eſſe pronunciat eum qui ouem vicini furatus eſſe dicebatur. Reſp. vel quod iudicium Dauidis diſcedens à lege Dei vera norma eſſe non poſſit, quod ille præſertim ex affectu quodam & indignatione protuliſſe ibi videtur: cum præſertim & alia exempla præcipitis cujuſdam judicii in Davide ſcriptura nobis exhibeat: vel quod non ſit furtum ſimplex, ſed circumſtantiis aggrauatum, quod locuples homo pauperi vnicam ouem habenti eam abſtulerat: vel denique quod iudice Dauide duplex ibi ſit crimen, ſcilicet furti & violentiæ, quoniam diues quaſi per vim

pauperi ouem suam eripuisse proponitur: qua de causa & restitutionem quadrupli & pœnam mortis indicit Dauid. Illud autem falsum est quod aliqui asserunt, omnia delicta contra Decalogum commissa esse capitalia: vel quia Deus qui furibus pœnam capitalem non indixit, sibi contrarius esse non potest: vel quia cum ex veriori explicatione Lex Dei etiam concupiscentiam damnet & prohibeat, quod etiam præceptum decimum ostendit, vtique concupiscentia pœnam capitalem non habet. Illud etiam frustra affertur, quod Exod. 22. nocturnus fur impune occiditur: cuius ratio exposita est, *th. præced. lit. B.*

Ex recepta consuetudine.] Hanc olim apud Germanos obtinuisse, ex præcedentibus apparet.

Nam constitutio Friderici.] Existimat Treut. quod ista constitutio *in capitul. vn. de pac. tenend.* loquatur tantum de furto, vt appellat, seditioso, id est, cum quo concurrat crimen fractæ pacis. Sed illa sententia mihi probanda non videtur, vtcunque eam post aliquot Dd. probet *Iason in §. ex maleficiis. Inst. d. act. num. 3.* Etenim 1. violatio pacis publicæ diuersum prorsus crimen est à furto. 2. paulo superius ostendimus, quod Imperator Fridericus etiam impropria furta, & dolum ab institoribus commissum pœna corporali & capitis puniri sanxerit. 3. quia violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo distinctio rei vel quantitatis locum habet, qua tamen Fridericus *in d. § si quis quinq. solidos*, vtitur. Et de furto simplici textum illum iam olim Dd. accepisse videntur, & inter eos *Bart. & Bald.* qui referente Jas. *d.* §. tanquam generali consuetudine abrogatum, non esse curandum dixerunt. Et illi tamen procul dubio de vsu Italiæ loquuti sunt: an autem in Germania ea constitutio obtinuerit, quæ præsertim inter furtum primum secundum & tertium nõ distinguit, mihi non satis liquet. Haud scio an Imp. Fridericus grassanti tum forte licentiæ rapiendi obuiam ire voluerit: & eam sanctionem in Germania non prorsus in desuetudinem abiisse, argumento est constitutio Carolina, quæ definiendo vel distinguendo inter furta quinque solidorum seu florenorum potius & infra, ad illam priorem respexisse videtur: vt vel hinc tanto minus ad furta violenta illa constitutio restringi possit.

Consuetudo tamen illa.] An pœna capitalis in fures iusta habend

benda ſit, ex ſuperioribus iudicium fieri poteſt: ſicut & de eo, an ad eam pœnam iuſtificandam ſufficiat allegata à Treut. & quidem ſola frequentia delicti: quæ ſi ſola ſufficiens eſt, quæ nam illæ circumſtantiæ eſſe poſſint, quas Treut. attendi vult, non ſatis intelligo: cum præſertim alias furtum certam & determinatam eſſentiam habeat. Illud non recte dicitur, quod conſuetudo illa paulatim pecuniariam pœnam mutauerit in capitalem: quia LL. Romanæ de pœna dupli nunquam in Germania vſurpatæ fuerunt: & antequam LL. illæ Germanis innoteſcerent, ſuis propriis pœnis illi in fures animaduerterunt.

Vnde quæſitum.] Prorſus cum præmiſſis non coheret iſta quæſtio, an fur rupto laqueo in terram decidens adhuc ſtrangulari debeat: de qua quæſtione tractant etiam *Tiraq. d. pœn. temp. cauſ. vlt. & Bocer. d. iuriſd. c. 5. n. 71.* vbi refert quoſdam affirmantes, ſi fur antea de innocentia ſua fuerit proteſtatus: quod ita miraculoſe videatur liberatus eſſe. Neque vſque adeo inepta videtur hæc opinio, ſi fur nec confeſſus, nec liquidis ſatis probationibus fuerit conuictus, & ſi nulla ſuſpicio ſit fraudis alicuius & doli à lictore adhibiti: qui alias ſimpliciter admiſſa affirmāte ſententia, pecunia corruptus, facile furem liberare poſſet. Illa ratio parū vrget quam mouent Bocer. & Tr. deſumta à formula ſententiæ, quoniam ea non aliter ferri poteſt, niſi manifeſtam iniuriam iudicis arguere velis: neque tamen illa ratio impedire poteſt, quominus ex hypotheſi cuiuſdam miraculi non quidem plane liberetur reus, ſed executio interim differatur, reo in carcerem recepto, vſque dum certius de veritate delicti conſtet.

Illud generaliter verum.] Sententia iſta manifeſtam habet rationem, quod puella in matrimonium petens damnatum ad mortem, liberare non poſſit: ſicut contraria ſententia omni prorſus deſtituitur ratione. Et vero ſi coniunx interceſſione ſua, à ſupplicio capitis coniugem liberare non poteſt, vbi tamen fauor matrimonii conſiderari poteſt, (excepto ſpeciali caſu in quibuſdam locis & nominatim in terris Electoris Saxoniæ, adulterii ſimplicis, iuxta conſtitutionem 9. part. 4.) quanto minus puella, aut impudens potius ſcortum procaci ſua petitione efficere poterit. Illa autem non tam faceta, quam iniurioſa potius in matrimonium à Deo ſancitum ratio eſt, quod vxorem ducere, æqualis

morti pœna reputetur: adde *Gomes.3.variar.resolut.13.num.37.Soarez in commun.opin.verbo meretricis num.* 135. Cæterum altera Treut. ratio, quod solius principis sit remittere pœnam, nihil concludit, si istam iustam & legitimam remittendæ pœnæ causam esse præsupponas? alias autoritas principis per se ad remittendam pœnam sufficiens est, de quo statim agit Tr. his verbis.

An Princeps remittere poss. poenas delicti.

Imò ne illius quidem.] Quæstio hinc aliena est, an princeps remittere possit pœnam delicti. Et ait Treut. non posse, si sit imposita iure diuino. Quæ ratio, siquidem per ius diuinum intelligere videtur leges forenses Mosaicas, manifesto claudicat ex omnium eorum sententia, quam à Treut. probari ex præcedd. apparet, qui magistratum Christianum legibus illis obstringi negant. Etenim si permissum est magistratui, delicto, quod pecuniaria pœna mulctauit Lex Dei, irrogare pœnam capitis: & ex aduerso delictum quod capitale fecit Lex Dei, mitius punire, veluti in adulterio passim fieri videmus: nulla ratio est quæ principem in hypothesi remittere pœnam huic vel illi prohibeat, qnam semel & in vniuersum tollere potest. Cæterum vtcunque delictum aliquod lege Mosaica omissum sit, si tamen illud naturæ & communi gentium iure morte damnetur, nec hic permissum principi erit, quippe jnri naturæ & gentium subiecto, remittere pœnam. Amplius in eo offendisse videtur Tr. quod ius diuinum non tantum atrocioribus, sed etiam leuioribus quibusdam delictis infligit pœnas, in quibus remittendis, proculdubio plus poterit princeps. Sed nimirum si quæratur etiam de atrocibus delictis, quæ communis etiam gentium ratio morte mulctari decernit, expeditissima responsio est, iure quidem potestatis pœnam remittere posse principem, sed si sæpius & temere id faciat princeps, grauiter eum peccare, & Deo rationem redditurum: quoniam ita agens iustitiæ leges offendit, ipsum nocentem & alios spe impunitatis ad delinquendum inuitat, & rempubl. ita grauiter turbat, quæ ex Solonis sententia non minus pœnis quam præmiis continetur. Nec ignota est historia de rege Galliarum, qui rogatus, vt pœnæ gratiã faceret homicidæ, cum iam semel gratiam ipsi factam diceret, admonitus fertur à quodam homine simplici, posterius delictum perinde habendum ac si perpetratũ fuisset ab ipso rege, qui si statim iustitiam administrasset, homicidæ facultatem porro peccandi præclusisset.

Varię

Varie etiam quæsitum.] In locum quinque ſolidorum, quorum mentio eſt in conſtitutione Friderici ſubſtitutos ait Treut. ex conſtitutione Carolina quinque florenos. Atquin, ſi, ut Treut. paulo ante affirmavit, conſtitutio Friderici loquitur tantum de furto ſeditioſo, conſtitutio autem Carolina de furto ſimplici, non videtur iſta conſtitutio ad illam reſpexiſſe. Sed nimirum contra Tr. verius eſt, quod de furto ſimplici loquatur Fridericus, qui ibi furtum quinque ſolidorum pro magno habere videtur: quod itidem ſequuta eſt conſtitutio Carolina: licet in conſtitutionibus Neapolitanis Friderici *lib.1.conſtitut* 41. furtum magnum definiatur viginti Auguſtalibus. Recte autem faciunt, qui quinque florenos in conſtitutione Caroli interpretantur de quinq; optimis aureis, ut quantum fieri poſſit, duriſſima illa pœna mitigetur: ſed hoc dubium eſt, an Fridericus omnino per ſolidos intellexerit florenos: tum quia paſſim in conſtitutionibus antiquarum legum ſolidus ſignificat monetæ minoris genus, quod hodie appellari ſolet Schilling: tum quod in eodem capite, arma ruſtici æſtimantur 20. ſolidis: quo pretio, viginti videlicet aureorum, illo præſertim tempore arma ruſtici veniſſe, videatur abſurdum. Nec minus tamen abſurdum ſit, pro tantula ſumma ſuſpendi hominem debuiſſe, aut pro tantula diuerſitate, quatuor vel quinque ſolidorum, pœnam capitis aut inferiorem fuiſſe indictam. Illud obſcurius videri poſſit, quod Treut. *inf.h. lit. ait*, intelligi aureos Vngaricos in ciuilibus & criminalibus: ſiquidem hic agitur de pœna furti, quæ aut non eſt ciuilis, aut ſi ciuilis ſit, quadrupli aut dupli: (quam aliquibus caſibus admittit conſtitutio criminalis,) in ea non de aureis, ſed de æſtimatione rei ſubreptæ quæri neceſſum eſt. Sed Treut. videtur quæſtionem hanc reuocaſſe ad theſin, & hoc dicere velle, quod vbicunque fit mentio ſolidorum, intelligi debeant aurei Vngarici: quoniam ſe refert ad *diſput.*19. *theſ.*6. vbi tractatur de inſinuanda donatione quæ excedit quingentos ſolidos: de cuiuſmodi tamen ſolidis vix exiſtimo ſenſiſſe Fridericum Imperatorem.

LIT. H.

Excuſat famis neceſſitas.] Si tamen ad pinguiorem fortunam peruenerit, reſtituendum cenſet Treut. quod ablatum fuit. At quinimo videtur etiam duplum reſtituere debere, & ſatis habere,

si liberetur à pœna corporali: nisi forte necessitas famis præcisa fuerit, & extrema, & nulla alia ratio tolerandi vitam.

An à pœna excusatur.] Intelligendum est hoc quæri, an pœna mitigetur, si quis cum aliis sustulerit rem, quam solus ferre non poterat: ridiculum enim fuerit dubitare, an plane sit excusandus à pœna, quomodo excusatur quis in casu præcedenti: atque adeo diuersissimæ prorsus quæstiones copulantur. In summa autem quæritur, an perinde puniendus sit hic vnusquisque, ac si solus furatus esset, an potius cæterorum factum & furtum etiam in considerationem debeat venire. Et Treut. distinguit ex Hottoman. inter totum continuum, & totum disiunctum, vel potius indiuiduum: V. C. si plures subripuerint saccum plenum pecuniæ, dicemus singulos teneri pro rata: sed si plures sustulerint trabem, tignum vel columnam, singuli tenebuntur in solidum, *per l. vulgaris. 21. §. si duo. 9. h. t. iuncta l. ita vulneratus. 51. in f. ad L. Aquil.* Quam etiam distinctionem post *Wesemb. hic. n.* 11. locum habere censet Tr. etiam vbi de pœna suspendij agitur, atque ita si tres vel quatuor tignum vel columnam quæ septem solidos valeat, *sustulerint*, omnes erunt suspendendi. Quæ sententia in hoc *præsertim* delicti genere, non iniqua tantum, sed impia etiam est: quin ipsi quoque rationi aduersari videtur: siquidem hoc, vt etiam ciuilis pœna in singulis locum habeat, dicitur receptum *in d. l. 51. in f.* contra rationem disputandi propter vtilitatem: quod aliàs, vt ibid. additur, ex subtili ratione nemo furti teneri videatur. Quin & illud vt singuli V. C. in duplum teneantur, nimis subtile aut durum potius existimari possit: siquidem rei æstimatione facta facile actio furti in singulos pro rata institueretur: sed aliud fortassis suasit, quod partes diuisæ quarum singuli furtum fecerint, deprehendi & distingui non possunt: quam summi iuris rationem cum summa iniuria quis transtulerit ad pœnam capitalem: cum & vulgatissima iuris axiomata prohibeant ne constitutiones exorbitantes & pœnæ plus æquo duriores per interpretationem extendantur: & ipsa constitutio Carolina commodissime ita explicatur, vt ad effectum irrogandi hanc pœnam hic demum quinque solidos furatus dicatur, qui ita furatus est, vt ad eum quinque solidi, vel lucrum quinque solidorum re ipsa & effectu peruenerit.

THE-

THESIS IV.

Lit. A.

Certa iuris ciuilis ſententia eſt, quod in heredes actiones pœnales ciuiles etiam non dentur, niſi quatenus ad eos peruenit *l.1. d.priua.delict.* Videri autem poſſit ambiguitas latere in verbis, *quantum ad eos peruenit*: quia dicitur vel perueniſſe ex ipſo delicto veluti furto aut rapina: vel ex aliis bonis defuncti, ex quibus actori ſatisfieri poſſit. Et nimirum iuxta priorem explicationem in hac quæſtione phraſin iſtam vſurpari, arguit appoſitio actionum ex contractu, quas etiam propter dolum defuncti, in heredes in ſolidum dari paſſim traditur: quod vtique non ſignificat teneri vltra vires hereditarias: cum præſertim ex ratione iuris noſtri, excepto caſu confecti inuentarij, poſt aditam hæreditatem non amplius quæratur an bona ſint ſoluendo necne: textus *in l. in heredem 26.d.dolo.* hactenus teneri hæredem, quatenus ad eum locupletior hæreditas peruenit. Et tamen videtur hoc ſapere quandam iniquitatem, vt is qui damnum paſſus eſt præmortuo reo, nec ſimpli quidem reſtitutionem conſequi poſſit ab herede, ad quem fortaſſis locuples hereditas peruenit. Vt forte defendi poſſit contra Accurſ. *in dict. l. prima, d. priuat. edict.* quod heres qui alia bona à defuncto accepit, ad damni reſtitutionem naturaliter ſit obligatus, etiamſi nihil ad eum ex ipſo delicto peruenerit. Et hinc etiam non immerito conſtituiſſe videtur ius Canon. vt eiuſmodi heres ad præſtationem ſimpli, cenſuris Eccleſiaſticis, deficiente quippe actione ciuili, compellatur *cap. vltim. d. ſepult. cap. in literis.d.raptor.* Sed ratio ibi adiecta, vt à peccato liberetur, (quod ad defunctum recte refert ibidem gl. non autem male citatus Bartol. *in l.1.d.priuat. delict.*) videtur reprehendi à Tr. quoniam videlicet poſt mortem non ſit liberatio & redemtio à peccato: & ita videl. docent noſtri Theologi. Ignoſcere autem debebat Tr. priſcis interpretibus, qui iuxta doctrinam Pontificiorum crediderunt eſſe purgatorium, ex quo per Eleemoſynas & alia bona opera viuentium, peccatorum venialium à defuncto commiſſorum expurgatione facta maturior contingeret liberatio: quam quæſtionem Theologis relinquimus: ſed ad eam parū perti-

pertinere videtur citatus à Tr. Psal. 49. qui negat quenquam decunia à morte ad vitam reuocari posse.

LIT. B.

Contrectatio violenta.] Hac differentia distinguit furtum à rapina, quod vt subiicit, illud clam hoc palam committatur. Atquin violentum & clandestinum non recte inuicem opponi videntur: quoniam etiam clam, effringendo ædes vel cistas violentia adhiberi potest.? aut Treut. de aperta violentia erit explicandus: & adeo videtur hinc aliquid adiiciendum definitioni furti quæ traditur *in* §. I. *Instit. d. furt.* quæ alias etiam rapinæ conueniret: siquidem in illo §. procul dubio definitur furtum in specie sumtum: nam alias verbo, *furti*, laxius vsurpato, rapina quoque furtum recte appellabitur: argum. etiam Etymologiæ, iuxta quam fures dicuntur à Græco Φῶρες, & à ferendo: iuxta quam explicationem vel maxime raptores fures improbi & improbiores appellantur.

LIT. C.

Datur omnibus quorum interest.] Subiicit, & quidem vnicuique in solidum. Vnde colligitur, ambigue vsurpari *phrasin, dari ei cuius interest.* Cum enim hoc dicimus, in vsu iuris & in hac materia, intelligimus non tantum domino dari, sed etiam aliis, qui pro restituenda re, cuius custodiam præstare obligati sunt, à domino conueniri possunt: veluti sunt, creditor, commodatarius, conductor &c. vt ostenditur §. *vltim. Instit. vi bonor. rapt.* §. *furti autem.* 13. *cum quatuor* §§. *sequent. Instit. de furt.* Hac enim de causa & hoc sensu in specie hic dicimus horum interesse, licet vel maxime domini intersit, vbi res penes ipsum existens subrepta fuit: nam in casibus iam propositis, si personæ iam enumeratæ sint soluendo domino cuius non interesse dicitur, actio furti non datur §. *item si fullo.* 15. *Instit. de furt.* Adeoque Treut. qui singulis actionem dari ait, de concursu V. C. conductoris & domini accipi non poterit: sed necessario accipiendus erit de pluribus qui ex eadem causa, & eodem jure communiter rem habent, veluti pluribus dominis, commodatariis, conductoribus &c. Et cum vtriusque par & æquale ius sit in re, vtriusque etiam æquale in mouenda actione ius erit. Verum inde minime efficitur, quod singulis in solidum actio sit concedenda, quod etiam minime omnium ex citato à Treut.

§. *præ-*

§.*præterea Institut.de act.* probatur: & exinde dubium fit, quod vbi plures actiones in solidum competunt, necesse etiam esse videtur, vt plura facta, vel vtique ex vno facto plura delicta intercedant. Hinc si plures prætoris album corruperint, etiam serui, plura facta sunt & plures actiones *l.nono*, *d.iurid.* Idem in iniuria à pluribus facta etiam seruis *l.34.de iniur.* Idem in furto à pluribus facto *l.21.* §.*vltim.d.furt.* illud enim speciali humanitate constituit prætor, vt furtum à familia & pluribus seruis factum pro vno haberetur *dict.l.9.d.iurisdict.l.illud.32. ad L. Aquil.* Quod si autem vnus V.C. communi seruo plurium dominorum iniuriam fecerit, cum vnum tantum factum sit, singulis dominis non in solidum, sed pro ratis portionibus tenebitur *l.16.d.iniur.* Eodem modo si vnus surripiat rem pluribus communem, absurdum sit eum singulis dominis in solidum teneri, cum vnicum tantum factum & vnicum delictum sit: ex quo iniquum sit, si forte res quinque dominorum communis sit, teneri furem, vt vicesies rei subreptæ præstet æstimationem.

Quæ non admittit compensationem.] Adducit Treut.*l.vltim.Cod. d.compensat.* quæ in f.agit de eo, qui interdicto possessorio pro recuperanda re sua experitur: vbi non habet locum compensatio, id est, non potest violentus possessor & inuasor prætextu alicuius debiti, rei per vim ablatæ restitutionem recusare: quæ certissima *dict.l.vltim.* sententia est. Inde autem male infertur ad negandam compensationem in actione pœnali ciuili ad triplum vel quadruplum: quo casu quem hic tractat Treut. compensationem habere locum expressum est *in l.si ambo.*10.§.2.*d. compensat.* vbi docetur compensationi locum esse, quoties ex causa furtiua vel aliorum maleficiorum pecuniariè agitur.

Nec cessionem.] Ex textu citato *in l. vltim. Cod.d.cession. bonor.* apparet Treut. non loqui de cessione actionis, ita enim falsum diceret, sed de cessione bonorum ex L. Iul. quod beneficium ijs qui ex dolo & delicto suo conueniuntur, non competere, in vniuersum communiter affirmant Dd. vt notatum supra disputat.24. thes.4.

Concurrens.] Ait concurrere hanc actionem non tantum cum actionibus ciuilibus, sed etiam criminalibus: veluti actione *ex L.Iul.d.vi publ.& priuat.* & mox subiicit, *etiam non actione furti* Concursus actionis cum alijs.

Bbbbbbb

nec manifesti. Et adeo exempla accipienda erunt, tanquam confuse & mixtim posita: quoniam actio furti nec manifesti in duplum ciuilis est: nisi forte Treut. sed male, sub actione criminali etiam conprehensam voluit actionem pœnalem. Vtique per actionem furti non manifesti, non recte intelligitur persecutio criminalis, de qua *in l. vltim. d. furt.* nec intellexisse hoc ita Treut. argumento est, quod mox quæstionem adiungit, an cum actione vi bonorum raptorum concurrat actio furti manifesti: quæ quæstio in terminis actionis ciuilis pœnalis in quadruplum tractatur, & quin criminaliter extra ordinem conueniri possit raptor, dubium non habet *l. vltim. d. priuat. delict.* Porro quod concurrat cum actione hac pœnali, persequutio criminalis, siue extraordinaria siue publica, ex L. Iul intelligendum est de concursu non cumulatiuo, vt hæ accusationes vel simul vel vna post aliam institui possint, sed electiuo, vt vna alteram consumat, per notata *thes. praced. lit.* C. Et quod hoc genere concursus cum actione bonorum raptorum concurrat actio, non tantum furti nec manifesti, sed etiam furti manifesti, & quod adeo etiam hæc contra raptorem *detur*, probatur ab Accurs. Bartol. & Dd. *in l. si vendidero.* 80. §. *cum raptor.* 3. *d. furt.* per eum textum, & videtur suadere hæc ratio, quod siquidem raptor pro fure habetur, alias enim non possit conueniri nec actione furti nec manifesti, nihil impedire videtur, quominus furti manifesti debeat teneri: quamuis huic rationi non difficulter occurri posse videatur, quod prætor vel potius ICti non existimauerint actionem mere pœnalem in quadruplum dandam esse contra eum, in quem prætor edicto suo tantum actionem quadrupli mixtam constituisset. Et plane ita respondit Paulus *in l. 1. vi bonor. raptor.* quod qui rem rapuit, etiam furti nec manifesti teneatur: qui procul dubio eum potius furti manifesti teneri respondisset, si raptorem, qui regulariter deprehenditur, ita conueniri posse existimasset. Et solet alias ad *dictam legem primam*, responderi, tum quod à contrario sensu non procedit argumentum contra textum: tum quod ICtus Paulus in *dict. l.* 1. proponat, quod semper & in omni raptore verificari potest: contingit autem aliquando, vt contra raptorem actio furti manifesti locum habere nequeat, si rapiens ex domo vacua in qua nemo erat, non fuerit deprehensus, velut in specie *l. si quis.* 52. §. *vltim.*

tim. alias l. si quis. d. furt. vbi leuiter transposita negatione rectius legi existimo, *actione de bonis raptis in quadruplum conuenietur*, *non furti manifesti*, videlicet si nemo eum deprehenderit tollentem: vt ita ex illo ipso textu à contrario sensu non obscure confirmetur, raptorem deprehensum teneri furti manifesti; cæteroquin dubitare licet, an ex *l. 80. §. tertio*, vbi raptor fur manifestus appellatur, satis firmiter colligatur, eum actione furti manifesti teneri: quamuis aliquid iuuet quod *in §. quarto*, raptori ipsi opponitur, cuius dolo malo raptum fuit, quem ICtus ait teneri vi bonorum raptorum, non furti: ex quo satis bene, ipsum raptorem furti, & qui manifestus fur dicitur, manifesti etiam furti teneri colligitur.

Post ea autem verba, quibus dixerat raptorem teneri furti manifesti, subiicit limitationem, *nisi animo iniuriæ vel vltionis vis illata sit*: quoniam cessante animo lucrandi, non potest locus esse actioni furti: *argum. l. verum est. 39. D. de furt.* citati autem textus *in l. 58. d. furt. & l. 5. d. iniur.* nihil ad rem faciunt. Referenda autem hæc limitatio est etiam ad remotius de actione furti nec manifesti, quoniam vtrobique ead. est ratio.

LIT. D. & E.

Perspicua sunt quæ traduntur lit. D. actionem vi bonor. raptor. non esse mere pœnalem, sed mixtam, cui insit rei persecutio: item in pr. lit. E. quod quatenus post annum in simplum datur recte dicatur perpetua: quia hoc respectu videtur esse rei persecutoria, quo pertinet *cit. l. 35. d. Obligat. & Act.* Et tamen simpliciter hoc affirmari non posse videtur, sed quod etiam quæ post annum in simplicem datur aliqua ex parte retineat naturam actionis pœnalis ex delicto, illud argumento est, quod prædefuncto reo nec in simplum contra heredes datur, sed tantum quatenus ad eos peruenit: quamuis hoc posterius etiam actiones rei persecutoriæ ex delicto commune habeant cum actionibus pœnalibus *l. 4. §. vltim. cum ll. sequent. d. alienat. iud. mut. caus. l. 7. § vlt cum l. seq. d. tribut. act.*

Vnde quæsitum est.] Videlicet quamobrem actio hæc mitior sit, quam furti manifesti, cum tamen raptor fur improbior appelletur & fur manifestus esse dicatur. Dupliciter autem mitior est tum quod actio furti manifesti in quadruplum perpetua, &

mere pœnalis est *in f. princ. Instit. d. perpet. & temp. act.* §. *vltim. Instit. d. furt.* §. *ex maleficiis.* 18. *Instit. de act.* hæc autem actio intra annum tantum pœnalis, & in quadruplum mixta est *in princip. Institut. vi bonor. raptor. vers. sed tamen.* Et Iohan. Fab. Angel. & alij ad *dict. princip.* his rationibus sed plane friuolis vtuntur: quod fur magis videatur offendere dominum, quod raptor se exponat periculo mortis, quod facilius à raptore quam à fure quis sibi cauere possit. Alij rationem petunt à negligentia eius qui intra annum non persecutus est vim sibi factam, furtum autem quod clam fiat possit ignorari. Quæ ratio à Treut. probata ad alterum illud tantum, quod annalis est actio, pertinet, & mihi plane inepta videtur: quoniam confertur hic actio furti manifesti, in quo fur deprehenditur. Itaque hæc reuera est ignoratio Elenchi & fallacia causæ: quæ autem vera sit ratio, ob quam furti manifesti actio perpetua sit, dictum est thes. præced. lit. C. Sed ex aduerso contra quam putat Treut. in hac quæstione non committitur ignoratio Elenchi: quoniam licet raptor aliis quoque pœnis teneatur, hæc tamen quæstio semper manet, quamobrem prætor in edicto *suo mitiorem* pœnam statuerit in raptores, quam in fures *manifestos.* Quod *Cuiac. in paratitl. Cod. hoc titul.* edictum in raptorem non manifestum conceptum fuisse ait, repugnat textibus generalibus, & verisimilitudini, vt prætor edictum in casum rariorem conceperit, cum raptorem palam & violenter agentem regulariter deprehendi necessum sit: siquidem in hac quæstione, etiam oculis coniuncta acclamatione deprehendi *quis dicitur.* Duplex occurrit ratio. 1. Quod regulariter actiones pœnales sint mixtæ, à qua prætor regula discedere non voluerit. 2. quod probabile sit, à prætore primo & prius actionem in raptores pœnalem constitutam fuisse, eamque ad instar aliarum actionum pœnalium prætoriarum, annalem & mixtam: postea autem actionem furti manifesti pœnalem introductam à prætore fuisse, eamque mere pœnalem & perpetuam: non vlla comparatione vel respectu ad pœnam raptoris, sed ad pœnam grauissimam corporalem, quæ, vt supra dictum *ex l. 12. tabb.* fures manifestos manebat: & existimasse prætorem satis se clementer agere cum furibus manifestis, si pœnam illam corporalem in pecuniariam licet grauissimam commutaret.

LIT. F.

Hodie pœna gladij.] Ex constitutione Carolina *art.126.* quæ ita vult puniri die Rauber. Cæteroquin iure nostro extra casus singulares, ex L. Iul. *de vi publ. vel priu.* pœna capitalis non est: neque probatur ex citatis à Treut. textibus & *in in l.* 28. §. 10. *d. pœn.* de grassatoribus tractat ICtus de quo infr. *disputat.* 32. *thes.* 4. quo etiam referri possunt aliæ pœnæ raptorum & inuasorum *ex l. si quis in tantam & l. si quando Cod. vnde vi:* quamuis cum ex L. Iul. publica sint judicia, de istis specialibus pœnis, quæ per actiones priuatas ciuiles irrogantur, rectius hic ageretur. Sed & de iis aliquid dictum est supra *disputat.* 25. *thes. vltim.* & nobis evagari hic angustia temporis non permittit.

THESIS V.

LIT. A.

Sequitur tertia species, *iniuria*: & in exegesi Treut. generalem ponit definitionem iniuriæ, dicens esse in genere omne id quod non iure fit. Sed hoc sensu non potest esse definitum & habile subiectum definitionis, qua in thesi, iniuria, quæ in exegesi iam dicto modo describitur, dicitur esse delictum dolo malo commissum. Ideoque Treut. ita accipiendus erit, ac si dixisset: iniuria, quæ alias in genere sumta, significat omne id quod non jure fit, hic est delictum dolo malo &c. Alias speciales iniuriæ significationes refert Iustin. *in cit. princ. Instit. hic*, ad cuius intellectum obiter notandum, quod actiones humanæ quæ non jure fiunt, vel procedunt ex proæresi, à quibus denominantur homines iniusti, & sunt iniuste facta, & in specie ἀδικίαι: vel non sunt ex proposito, quarum *Aristot. 5. Ethic.* 8. tres constituit species. 1. quæ fiunt ex affectu aliquo & perturbatione, cui tamen quia resisti potuisset & debuisset, ideo censentur iniusta facta & ἀδικήματα, neque tamen faciunt iniustum. 2. quæ fiunt ex leviori aliqua culpa, & sunt errata, ἁμαρτήματα. 3. quæ sunt à casu & fortuito, & sunt Aristot. ἀτυχήματα, infortunia. Ex quibus colligere licet dupliciter *in d. princ. Instit. hoc titul.* lapsum videri Tribonianum. 1. dum iniuriam in specie pro contumelia acceptam, opponit iis actionibus & peccatis, quæ dicuntur ἀδικίαι & ἀνομίαι,

Acceptio variae iniuriae.

quæ tamen significant iniustas actiones dolo malo commissas: cuiusmodi actio est iniuria de qua hic tractatur. 2. dum actionem qua contra legem Aquil. alteri damnum datur indistincte ait esse ἀδίκημα: quoniam in actionem L. Aquil. venit etiam levissima culpa: quo casu factum illud ἁμάρτημα, & pene ἀτύχημα habendum est: nisi forte Tribon. abusiue ἀδίκημα accepit pro omni eo quod non iure fit. Hic plane iniuria significat in specie contumeliam, quo verbo etiam iniuriæ eiusmodi vis quodammodo exprimitur: nam vt est apud *Nonium Marcell. capite quinto*, iniuria à contumelia distat, quod illa res leuior est: vbi hæc verba citat ex Pacuuio: patior facile iniuriam, si est vacua à contumelia. Contumeliam autem à contemtu dictam esse, Seneca autor est 2. *d. tranquill. animæ c.* 11. quoniam nemo nisi quem contemsit, afficiat tali iniuria: idque & Justin. sequutus est *in pr. Inst. h. t.*

LIT. B.

Per contumeliam.] Sicut alia delicta imo omnes pene actiones distinguuntur à fine, ita etiam hoc delictum, de cuius *essentia* est hoc quod proponit Treut. & ostendit Senec. *d. loc.* ex animo potius, quam ex ipso facto hoc esse æstimandum. Quia tamen verba indices sunt mentis nostræ, ideo recte ait Tr. ex verbis per se iniuriosis præsumi dolum & animum iniuriandi: & nimirum præsumi tantum, quia aliis coniecturis præsumtio illa elidi potest: quarum vna sumitur à qualitate personarum, quæ vel ius quoddam habent aut sibi vsurpant alias perstringendi: ex quo *mimi & histriones* non solent teneri iniuriarum: vel quæ habent ius imperandi, adeoque emendandi potius quam iniuriandi animo aliquid dixisse præsumuntur, veluti parentes, præceptores &c. quomodo intelligendum est quod Tr. ait de coniunctis personis, quia aliàs extra illam considerationem iniuria hæc fuerit attrocior. Illa distinctionis pars liquida est, quod verba per se non iniuriosa hac actione non possiunt vindicari, nisi iniuriandi animus probetur: quoniam verba valent non tantum ex vsu communi, sed etiam speciali: & potest quis verbis indifferentibus ad conuitiandum vti.

LIT. C.

Vel re vel verbis.] Duæ hæ sunt species iniuriæ, realis & verbalis

balis: ſub quas tamen ſi omnes caſus referri debeant, paulo pinguius & latius altera ſpecies realis iniuriæ erit accipienda: veluti ſi quis picturam famoſam fecerit, ſi vexandi cauſa quem in judicium vocari curauerit *l.* 13. §.3. *hoc titul.* ſi ad iniuriam alterius veſte lugubri vtatur *l.*15.§.27.*h.t.* & aliis caſibus qui proponuntur in textibus citatis à *Treut. lit.* E. De illo nec dubitari poteſt, quin realis iniuria ſit ſi quis aliquem in carcerem coniici curet ex cauſa debiti, vel ex alia cauſa, videlicet delicti: quo caſu eum etiam grauis & ſimilitudine ſupplicii coerceri poſſe ait Treut. videlicet propter concurrens crimen calumniæ, iuxta *l. vltim. Cod. de his qui latrones*, vbi notat Bald. *in f.* aliquem ob hoc fuiſſe decapitatum: adeoque intelligendus eſt in carcerem coniici curauiſſe, vt illum accuſando periculum capitis ei crearet: cæterum ex inſcriptione demum obligatio ad ſimilitudinem ſupplicii naſci videtur.

LIT. D.&E.

In corpus.] Hæc re vera & proprie iniuria realis eſt, ſiue pulſetur ipſe, ſiue hi per quorum perſonas illi iniuria infertur, de quo dicemus theſ. vltim. Quod de conatu additur, ex eo naſci actionem iniuriarum, intelligendum eſt de conatu actui proximo: idque, etiamſi iniuria realis non ſit ex atrocioribus: etenim ex iſtis iniuriis quæ in corpus inferuntur, vix leuior eſſe poteſt, quam quæ manu infertur, de qua agitur *in l.* 15. §.1.*h.t.* ad quam prouocat Tr. Et tamen non videtur ibi hoc proponi tanquam conatus iniuriandi, ſed tanquam propria iniuriæ ſpecies, ſi quis non impeditus ab alio, ſæpius ſublata manu verbera quodammodo comminetur: quod *Bartol. in d. l.*15. vocat admenationem. Plane non eſſe re vera iniuriam realem, inde colligitur, quod tantum datur vtilis iniuriarum actio. Quæſtio autem ad theſin reuocata, an & qualis conatus puniatur, de qua tractat citatus *Clar. quæſt.*91.*&* *ſeq.* ad iſtum locum non pertinet.

Cæterum illud incautius poſitum eſt in theſi, *re, cum manus infertur, idque in corpus vel extra corpus*: quia manus non poteſt inferri extra corpus, & modis iis, qui proponuntur in textibus citatis lit. E. non poſſunt dici inferri manus. Sed nimirum dicere voluit: re, idque vel in corpus, cum manus infertur, vel extra corpus,

LIT.

LIT. F.

Conuitium ita vt Treut. hic proponit, dictum ait ICtus à concitatione vocum, & quasi conuocium *l. item apud.15.§.4.h.tit.* Pompeius Festus addit aliam, & conuicium dictum ait à vicis in quibus primum habitabant, vel mutata lit. quasi conuocium. Non. *Marcellus cap.* 1. *numer.* 323. quamuis ille locus corruptus videatur, deducere magis à vitio videtur: quod probat *Laurent. Valla.6.Elegant.52.* adiecta insuper alia notatione à vitando: quem reprehendit *Alciat.lib.4.d. Verbor. Sign. in apolog. in Vallam.not.18.* Illud plane vsui repugnare videtur, quod traditur in *dict.l.* 15. *§. ex his* 11. id solum conuitium esse, quod cum vociferatione dictum est.

LIT. G.

Verbis.] Videlicet vel lingua nuncupatis vel scripto expressis: & vtrumque, vt adiicit Treut. etiamsi protestatio & præfatio honoris præmittatur: quoniam protestatio contraria facto nihil operatur, & potentior est actus conuitiandi, actu protestationis, & hic adeo inhabilis, vt tollat & purget dolum & propositum malitiosum: siquidem factum illud iure illicitum & prohibitum est, & fuerit ea manifesta ignorantia juris, si quis forte non intellexisse se quod locutus est, iniuriosum esse prætendat: cæteroquin ex hypothesi deficientis doli aliud defendi possit, maxime in leuioribus iniuriis, veluti si quis aliquem mentiri dicat: quo pertinet distinctio à Tr. probata, siue limitatio potius, apud *Clar. in §. iniuria.n.13.* si protestatio alijs coniecturis adjuuetur.

Etsi verum crimen obijceret.] Vulgata hæc quæstio est, an, vt loquuntur, veritas conuitii excuset iniuriantem. Et illud constat, si obiiciat vitia naturalia, veluti, quibus exemplis Dd. vtuntur, si quis aliquem appellet luscum vel claudum, teneri iniuriarum: quamuis illa proprie vitia non sint, neque propterea potest quis appellari nocens, de quo loquitur ICtus *in l. eum. qui* 18. *hoc titul.* & negat eum teneri, qui infamauit nocentem: & tanto minus tenebitur, si infamauerit apud magistratum: quia præsumitur fecisse vt desuper inquisitio institueretur. Ex alio autem fundamento non tenetur, qui sui defendendi causa, & V. C. testi contra se producto obiecit crimen, de quo alibi tractatur. Sed si sola conuitiandi libidine hoc fiat, merito tenebitur iniuriarum: quia non

est

est priuati quasi iudicem agere, & alii petulanter insultare: idque vel maxime procedet, si alter iam pœnam sui delicti sustinuerit: quippe cum hic cesset ratio *dict. l. 18. d. iniur.* ex qua desumpta est vulgata distinctio. an reipubl. intersit crimen manifestari necne: quamuis non ex qualitate criminis distinguere videatur ICtus, sed in genere hanc rationem decidendi ponere, quod semper reipubl. intersit crimina manifestari. Ex quo dubia videtur altera pars distinctionis Treut. quod vtcunque intersit reipubl. delictum manifestari, teneatur tamen qui iniuriandi animum habuerit: nisi ita explicetur ICtus *in dict. l.* 18. quod ex ratione ibi proposita animus iniuriandi non præsumatur, sed potius quod detegendi criminis causa id fecerit: ceteroquin petulantia impunita esse non debet, si de animo malitioso ex circumstantiis constet, veluti si in rixa ex odio eum hoc dixisse appareat: nam alias in dubio sequenda erit decisio *ICti in dict. l.* 18. Altera pars distinctionis quod iniuriarum teneatur qui obiecit crimen, quod manifestari reipubl. non interest, etiamsi animus iniuriandi abfuerit, (hoc enim ex oppositione alterius membri apud Treut. infertur) ex iis quæ supra lit. B. hac ipsa thes. Treut. tradit, dubia redditur, nisi ita explicetur Treut. quod teneatur quidem, sed si abesse animum probauerit, absoluatur: quomodo tamen oppositio iam dicta non satis defenditur, qnoniam ex hypothesi deficientis animi iniuriandi, iniuriarum actio neganda est: sed illud dubium, an probationi eiusmodi possit fieri locus: quam ego sane in his terminis facile admiserim, vbi veritas rei facile à calumnia defendit, *argum. l. 5. in princip. Cod. hoc titul.* vt tanto minus dici possit, iniuriarum teneri eum, qui non habuit animum iniuriandi. Sed de hac re plura tractantur ab iis quos citat Treut.

THESIS VI.

LIT. A.

Delictum hoc, de cuius essentia dolus est, non potest cadere in illos, qui doli sunt incapaces. Hinc excipit Treut. ab iniuriæ crimine pupillos, sed eos scilicet infantes aut infantiæ proximos: nam in proximis pubertati secus esse ostendit *l pupillum* 111. *d. regul. iur. & l. 23. d. furt.* Male autem excipiuntur prodigi, quibus ob

petulantiam & luxuriam interdicitur bonis, & quos incapaces doli æstimare perabsurdum fuerit, aut eadem ratione prodigis homicidis vel adulteris ignnoscendum quis dixerit, Porro ebriis in iniuriis leuioribus ignoscendum censet Treut. maxime si sequatur pœnitentia. Atquin omnino necessum videtur, vt sequatur pœnitentia, alias probata & quasi repetita iniuria censebitur: quo modo Aristot. refert non excusari eum, (quod etiam refertur à *Plutarch. in conviu. septimo, sap. in princ.*) qui cum canem lapide petere vellet, & nouercam percuteret, acclamauit, *ne sic quidem male:* quoniam ista approbatio operatur, vt actio retro & ab initio voluntaria fuisse censeatur. Pœnitentia equidem in foro ciuili delicta non purgat: sed propria ratio est eorum quæ ex animo præcipue æstimantur & proposito, eoque si non plane, at ex parte saltem, per affectum aliquem vehementiorem, & similem causam effusa, necessario leviora habenda sunt: maxime si substiterint in verbis: cæteroquin ex stultitia alterius vt alter damnum sentiat, minime ferendum est: vt tamen, licet aliud hic probare videatur Treut. mitior pœna imponatur, per notata *supra part.* 1. *disputat.* 6. *thes.* 5. nam vt plane remittatur pœna, & exemplo perniciosum fuerit, cum inebriantes non dent operam rei licitæ: & repugnaret rationi, quoniam eiusmodi actiones voluntariis magis accensentur, *ut docet Arist.* 3. *Ethic.*

LIT B.

in dubio defertur iuramentum purgationis.] Plane connexum hoc est cum traditis *thes. praced. lit.* B. quoniam procul dubio hoc tantum obtinebit, vbi verba per se iniuriosa non sunt, vel vtique aliquæ coniecturæ adsunt, ex quibus animum iniuriandi abfuisse colligatur; veluti si, quod *Treut. hic & d. thes. praced.* dixit, sint personæ coniunctæ: & nimirum si personæ sint æquales, & multo magis si inæquales & vna superior altera: si videlicet ea quæ rationem superioris habet, aliquid iniuriosum dixerit: nam alias in casu inuerso grauior & atrocior est iniuria, grauius etiam vindicanda, cum & hic vix vlla præsumtio militare possit, quæ arguat abfuisse animum petulantem & malitiosum. De pœnitentia sequuta dictum est aliquid lit. præced. & non dissimiles sunt actiones quæ à iudicio per affectum aliquem vehementiorem, amorem, iram, & per ebrietatem turbato proficiscuntur.

LIT.

LIT. C.

Fit per iniuriantem vel per alios.] Oppositio hæc ita accipienda est, vt per iniuriantem intelligatur proxime & immediate iniurians: nam alias iniurians dici & ille potest, qui iussit, persuasit, & quacunque ratione, vt iniuria inferretur effecit. Et hoc modo dici potest facere iniuriam, qui per repræssalias aliquem arrestari curauit, vt quod ipsi alius debet consequeretur: & hoc ex hypothesi illicitarum repræssaliarum: nam alias qui iure suo vtitur, non dicitur facere iniuriam. Sed Treut. de actione danda arrestato contra ipsum V. C. delinquentem, nam in debitore quouis eadem ratio militat, tractat. Vbi dubium mouet, quod licet hic sit causa sine qua non, iniuriam tamen conciui suo, qui alibi detentus fuit, fecisse non videtur: & prorsus diuersa ratio est regressus ad repetendum quod detentus exsoluit, & actionis iniuriarum, quæ non ad repetitionem & restitutionem damni dati, sed ad vindictam competit: quæ duo hic confundere videtur Treut. Quin & amplius, si quid extra causam eius quod debebat principalis, damnum datum sit alteri, vix putarim regressui dandum esse locum: quoniam iniuria alterius in alium expetere non debet: quod obtinebit, vtcunq; repræssaliæ consuetudine aliqua vel statuto loci defendantur.

LIT. D.

Per vnum vel plures.] Dubium non est, quin ex pluribus iniuriam inferentibus singuli in solidum teneantur, adeo quidem, vt & plurium seruorum nomine pluribus actionibus dominus teneatur *l. si plures. 34. h. titul.* aliter quam in furto prætor edixit *l. illud. 32. ad L. Aquil.* de quo actum *supra thes. 2. lit. C.* Nec illud valde dubium videtur, quod subiicit Treut. mandantem non teneri iniuriarum, si, cui mandatum fuit, iniuriam non intulerit. Etenim eadem hic videtur esse conditio iniuriæ & furti: actio autem furti non datur contra eum qui consilium dedit, nisi alter sequutus consilium rem abstulerit, vt notatum *thes. 3. lit. D.* Et tamen dubitare licet, an eadem hic vtriusque huius delicti ratio & conditio existimanda sit: quoniam furti actio non datur nisi alicuius intersit, neque contrectata res, in quo essentia furti consistit, dici potest, vbi in terminis consilii, & instructionis res substitit. Sed iniuria præcipue æstimatur ex animo alterius, tum ex eo, quod alterius

honor & fama sugillata & perstricta est: quod sane fieri videtur si quis alicui saltem mandauerit, vt V. C. alium furem vel nebulonem appellaret: siquidem iniuria non re tantum, sed etiam verbis infertur: & siquidem inferri intelligitur, vbi quis priuatim aliis præsentibus, iniuriosa in alium verba profert, etiam inferri videbitur, si quis iniuriosa verba aliis audientibus, in aliquem dici mandauerit, quoniam satis illa quæ dici mandauit, ipse dixisse censendus est. Neque deest quod respondeatur ad textum quem aduocat Treut. *in l. item* 15. §. *abduxisse* 17. *hoc titul.* Etenim abducere comitem fœminæ, iniuria est realis, ideoque per consilium & hortationem non potest constitui: & ita proprietas verbi non hortationem denotat, sed realem abductionem: quæ verbi proprietas ibidem à ICto explicatur. Et consequenter, non potest esse locus actioni iniuriarum, deficientibus verbis edicti, quod non in mandantem & verbis conantem abducere, sed in abducentem conceptum est: quæ ratio in aliis iniuriarum speciebus cessat. Sed & conatus nudus abducendi nec videtur habere in sese iniuriam, sed solus effectus: quoniam turpe erat honestioribus mulieribus *apud Romanos*, sine comite in publico conspici. Et tamen si constiterit, animum iniuriandi adfuisse, vt fœmina abducto comite contemta & despecta haberetur, iniuriarum actioni locum fore putauerim.

LIT. E.

Pœnas habet varias.] Descendentes quippe ex vario *iure*. Et antiquissimum est ius 12. tabb. quo vindicatæ iniuriæ tum verbales tum reales. Illarum pœna fuit, viginti quinque æris: ita enim habuit L. 12. tabb. *si iniuriam faxit alteri, viginti quinque æris pœnæ sunto*, vt est apud *Gell. lib.* 20. *cap.* 1. quo idem respicit *libr.* 16. *cap.* 10 *proletarij, aßidui, sanates, vades & subvades & viginti quinque asses &c.* & Paul. *lib. singul. d. iniur. apud collatorem legum Iudaicarum & Romanorum* hanc refert l. 12. tabb. *qui iniuriam alteri facit, quinque & viginti sestertiorum pœnam subit*: & Cæcilius apud Gell. d. loc. decemviri, inquit, iniurias factas quinque & viginti assibus sanxerunt. Ex quo colligere licet pœnam postea auctam, substitutis in locum assium sestertiis, quorum æstimatio maior, vt docet *Hottom. de re nummar. cap. d. aßib. & cap. d. sestert. pag. mihi*, 49. & 68. Atque iniurias quoque reales leuiores, quæ fierent citra facturam & rupturam,

eadem

eadem pœna vindicatas fuisse eodem loc. Gell. docet: qui idem de osse fracto: iniurias, inquit, atrociores, vt de osse fracto, non liberis modo, verum etiam seruis impensiore damno vindicaverunt: & damno tamen pecuniario, vt auctor est *Iustin. in §. pœna. 7. Institut. hoc titul.* cuius damni siue pecuniæ quantitas petenda videtur ex *d. tit. d. atroci iniur.* & ex verbis Paul. quæ ita non infeliciter restituisse videtur *Iacob. Gothofred. in comment. ad L L. 12. tabb. tab. 7. qui os ex genitali fudit libero, trecentorum, seruo, centum quinquaginta pœnam subito sestertiorum*: quam pœnam ab altera specia pœnæ nummariæ, quæ erat viginti quinque assium, separasse debebat Tribon. *in dict. §. 7* Membri rupti pœnam ex 12. tabb. talionem fuisse, docemur ex *Festo verbo, talionis d. §. 7. Gell. d. lib. 20. c. 1.* apud quem Cæcilius ab obiectione Phauorini eam legem defendit.

Atque ius Saxon.] Verum esse non potest quod pœna iniuriarum ex iure Saxon. desumta sit ex *L. 12. tabb.* si vera sunt quæ scribit Treut. *supra part. 1. disputat. 1. thes. 10. lit. A.* quod ius Saxon. à Carol. Magn. confirmatum fuerit, anno 810. quo tempore Pandectæ Florentini nondum in vsu fuerunt: sed & alias minimè probabile est, veteres illos Saxones cognita habuisse fragmenta illa 12. tabb. quæ homines eruditi nostro seculo ex variis autoribus hinc inde eruerunt. Quin &, quod sciam, in iure nostro præter textum *in d. §. 7.* qui in genere & quidem propter os fractum, nummariæ pœnæ meminit, vix alibi in iure nostro veterem pœnam viginti quinque assium proponi reperias.

De famosis libellis.] Famosi siue, vt veteres loquuti sunt, mali carminis, pœnam fuisse capitalem ex l. 12. tabb. iam pridem *Hottoman. Marcill. & alij* qui ad ll. 12. tabb. scripserunt, ex loco *Ciceron. in libr. d. republ.* quem citat *August lib. 2. d. ciuit. Dei, capite nono*, comprobarunt: notauit etiam *Cuiac. ad Paul. 5. sentent. 4.* & quidem propriam pœnam fustuarij: quomodo illam legem formauit Iacob. Gothofred. *si quis malum carmen condidisset, quod infamiam faxit, flagitiumue alteri, fuste ferito*: quamuis hoc displiceat Marcill. qui mauult, *capital esto*: licet ad eam legem, capite 65. fustuariam pœnam eamque non simplicem, loco castigationis & admonitionis (de qua in *l. 10. §. 2. l. 28. §. 1. d. pœn. l. 13. §. vlt. d. iureiur.*) sed capitalem fuisse confirmet: vt proinde non recte Treut. pœnam dicat fuisse fustium aut capitalem.

LIT. F.

Ex L. Cornel. d. iniur.] Ex hac lege non tantum publicam persecutionem, quam solam proponit Treut. sed etiam ciuilem actionem fuisse, probatur ex *l. constitutionibus.* 37. §. 1. *h. tit.* Vnde explicandus est §. 1. *l. licet.* 42. vbi dicitur ad actionem iniuriarum ex L. Cornel. posse dari procuratorem, quoniam sit priuata actio. Hoc enim referendum erit ad casum illum, quo ciuiliter hęc actio mouetur. Neque obstabit, quod in *dict.* §. 1. dicitur esse pro vtilitate publica: si dixeris, vel quod ibi respiciatur causa prima inductiua & finis principalis: vel quod etiam priuata persecutione publica vtilitas per consequentiam conseruetur: vel quod actio iniuriarum etiam ciuilis tendit ad vindictam, eoque consumit actionem criminalem *l.* 7. §. 1. *h. t.* Possit tamen fortassis tentari, quod ex L. Cornel. ciuiliter non agatur: sed quod nomine illarum iniuriarum, quæ publico iudicio L. Cornel. vindicari possunt, etiam ciuiliter instituta actione prætoria experiri liceat: quomodo explicari potest *d. l.* 37. §. 1. *h. tit.* quibus adde quæ mox dicemus lit. H. in f. ad pleniorem explicationem *dict. l.* 42. §. *primo, d procurator.*

LIT. G. & H.

Ex edicto prætoris.] Cum pœna viginti quinque assium, quæ ab initio in magna veterum paupertate satis grauis visa erat §. 7. *Institut. h. tit.* quod præsertim initio asses essent librales, *Gell. de lib.* 20. *cap.* 1. postea leuior non immerito censeretur, prætor actionem propriam introduxit, qua pro circumstantiarum qualitate, quæ augent aut minuunt iniuriam §. *atrox.* 9. *Institut. hoc titul.* (qua in re spectatur tempus iniurię commissæ *l.* 21. *h. tit.*) pœna pecuniaria, æstimatione iudicis tamen taxanda, peteretur.

Ex iure mixto.] Nescio quodnam intelligat ius mixtum, quo hodie ciuiliter & criminaliter agatur: nam & ita tempore Iustin. obtinuit §. *in summa.* 10. *Institut. h. tit.* & ante Iustin. *l. vltim. D. hoc titul.*

Ita tamen vt vna intentata.] De hoc dictum supra *thes.* lit. C.

Ciuiliter.] Vt scilicet quis in tantam pecuniæ summam reum condemnari petat, quantam, vt vulgatus habet stylus, perdere aut non acquirere mallet, quam inultam pati iniuriam. Etenim

ad

ad infamiam alicuius pertinere existimatur, si quis contumeliose appellatus, eam iniuriam non exequatur; quia licet reuera per illatam iniuriam fama alterius non lædatur, neque illius honori aliquid detrahatur, opinione tamen vulgi, qui iniurias illatas non vlciscitur, eas agnoscere & iniuria illata dignus esse existimatur.

Ad animum reuocatam.] Clausula ista omnibus libellis inseri solet, quod actor iniuriam ad animum reuocauerit: & pene necessaria habetur, quoniam dissimulatione & quauis remissione iniuriarum actio extinguitur *arg. §. vlt. Inst. h. t. l. non solum.* 11. §. 1. D. *eod.*

Si reus soluendo non sit.] Hoc casu pœnam pecuniariam in corporalem mutari ait Treut. Et generale hoc est, in causis delictorum, vt qui non habet in ære luat in corpore *l. fin. d. in ius voc.* Sed verba Treut. *mutari in corporalem*, ambiguitate laborant: quia si ponas actionem ciuilem institutam, & ad eam recuperatores à prætore datos, vt solitum fieri refert *Gell. d. cap.* 1. *lib.* 20. vtique iudex datus non potuit pœnam corporalem indicere: sed reus vel ad præfectum vrbi remittendus, vel si forte persona vilis, ab ipso prætore coercendus fuerit 35. *hoc titul.* vbi dicitur id fieri, si quis propter vilitatem aut egestatem contemnere possit iudicium iniuriarum, videlicet ciuile, quod omnino in eum non dandum sed reus extra ordinem coercendus est: quoniam post institutum ciuile judicium & litem contestatam difficilior ad iudicium extraordinarium erit regressus.

Criminaliter intenditur.] Notissima est definitio iudicii criminalis, quo sc. de pœna corporali reo infligenda, vel etiam pecuniaria fisco applicanda tractetur.

Actio ciuilis per procuratorem.] Hæc quoque certa regula iuris est, quod in causis ciuilibus admittatur procurator, ideoq; non debebat Tr. simpliciter affirmare lit. F. & indefinite, quod ex L. Cornel. sit publica accusatio, siquidem ad actionem iniuriarum ex L. Cornel. procuratorem dari posse responsum est *in l. licet.* 42. §. 1. *d. procur.* de quo aliquid dictum est. *d. lit.* F.

Non etiam criminalis.] Confirmat regulam specialis exceptio in personis illustribus *l. vltim. Cod. hoc tit.* §. *in summa.* 10. *Instit. eadem.* & ratio petitur ab inscriptione, quæ vel ad supplicij similitudinem

tudinem, vel vtique ad extraordinariam calumniæ pœnam obligat, cui ex mandato alius ſuccedaneus fieri non poteſt, qua de re actum ſupra *diſp.26.theſ.3.lit.G.*

Quod tamen hodie.] Oportet exceptionem eſſe à regula, quod hodie in actione iniuriarum etiam criminaliter intentata, procuratores in Camera, & aliis principum dicaſteriis admittuntur. Sed non tam hoc ſingulare mihi videtur, quod procuratores admittuntur, quippe qui hodie non niſi ſimplices videantur miniſtri, neque domini litis efficiuntur, vt notatum ſupra *part.1. diſputatione 9.theſ.10.lit.F.* quam potius, quod V.C. in Camera ad quam cauſæ criminales non pertinent, actio tamen iniuriarum, qua pœna fiſco applicanda petitur, recipitur. Et ratio Treut. in territoriis quidem Saxonicis colorem habet: ſed ex eo iure Saxon. hunc morem alibi invaluiſſe veroſimile non eſt: ſiquidem in Camera & apud alios Germaniæ principes ius Saxonicum nunquam in vſu fuiſſe conſtat. Non improbabilis hæc ratio videri poſſit, quod eiuſmodi judicium, quo non ad pœnam arbitrariam agitur, ſed præciſe ad pecuniam, & nec aliquam quidem bonorum partem, ſed non vſque adeo magnam pecuniæ quantitatem, vtcunque fiſco applicandam, ſi non ciuile, at vtique ciuilis judicii inſtar ſit habendum: quoniam cum ius hoc variandi & eligendi, vt pœna pecuniaria aut ſibi aut fiſco applicetur, in mero ſit arbitrio actoris, eademque re ipſa ſit petitio, non videtur ex huiuſmodi diuerſitate tanta exiſtere poſſe diuerſitas, vt actor per præſcriptionem fori & exceptionem incompetentiæ debeat poſſe repelli. Sed &, quod attinet procuratoris dationem, de qua in ſpecie tractat Treut. ſimiliter eiuſmodi iudicium magis pro ciuili quam criminali habendum videtur: quoniam ceſſat ratio prohibitionis, quæ impedit intervenire procuratorem: cum pœna vtcunque fiſco applicetur, perpetuo & ſemper ſit pecuniaria: quæ ratio facit, vt in criminalibus quoque fideiuſſor de iudicato ſoluendo interuenire poſſit, vt notatum ſupra *diſput.28.theſ.3.lit.A.* Et ita in genere defendi poſſit, procuratorem interuenire poſſe, vbicunque ſemper & regulariter ad pecuniariam pœnam agitur: quin & amplius, eiuſmodi iudicium potius cenſendum ciuile quam criminale: quæ ſententia confirmatur *ex §. in ſumma.10.Inſtitut. hoc titul.* vbi dicitur criminaliter agi, vt extraordinaria pœna reo

na reo irrogetur: facit *l. licet. 42. §. primo, d. procurat.* iuxta quam actio ex L. Cornel. est privata, licet pro utilitate publica exerceatur: ita quidem, vt etiam procurator admittatur: quæ nota est judicij ciuilis. Et ita accipi potest. *l. 35. §. 1. d. iniur.* vt ciuilis actio intelligatur, qua simpliciter agatur ad æstimationem judicis arbitrio faciendam, licet pœna fisco applicari petatur. Quamuis alias phrasis ista, *officio iudicis æstimationem fieri*, magis significet, pœnam applicari parti. Plane L. Cornel. videtur principaliter introduxisse persecutionem criminalem, sed eam tamen non publicam, vt existimat post Cuiac. *Treut. lit.* F. Neque enim aut *in l. 1. de publ. iud. aut sub titul. Institut. de public. iud.* videas sub hæc referri persecutionem ex L. Cornel. neque etiam ab interpretibus, ex quibus *Accurs. in dict. l. 42 d. procurat. & in l. 5. hoc titul.* pro publica vtilitate esse ait actionem ex L. Cornel. quatenus propter vim illatam publice hoc delictum coercere interest, & quia ad vindictam datur: cæteroquin soli ei qui offensus est competere idem Accurs. affirmat: hoc autem naturæ publici iudicij repugnat. Neque contrarium traditur in textibus à Treut. citatis *d. lit. F. ex l. 5. in princip. & §. 6. hoc tit.* neque quod *in l. 12. in f. d. accusat.* mentio fit L. Cornel. iniuriarum, judicium illud publicum esse necessario euincit: & relinquitur igitur quod sit ex L. Cornel. persecutio priuata, eaque vel extraordinaria, vel ad certam pœnam pecuniariam: in quibus terminis, etiamsi pœna fisco applicari petatur, procuratores admitti, & judicium pene ciuile esse, defendi posse videtur: qua de re proprius tractandi locus est supra *p. 1. disp. 12. th. 1.* vbi de distinctione iudicij in ciuile & criminale.

THESIS VII. & Vltima.

LIT. A.

Imo amplius.] Amplius præter actiones iam enumeratas ait esse actionem ad recantationem eius, quod iniuriose dictum est. Vbi addere debebat, actionem istam jure ciuili incognitam, moribus & consuetudine receptam esse. Et opinor errorem vulgi hanc actionem invexisse, quo existimatum fuit per iniurias illatas, honorem & famam alterius lædi, quæ per recantationem illam quodammodo restitueretur.

Ea tamen criminalis non est.] Sæpe mirari contigit, quod *Maranta part.* 4. *distinct.* 1. *num.* 10. *& sequent. Geil.* 1. *obseruat.* 65. *Mynsing.* 2. *obseru.* 98. tanquam de re controuersa & valde dubia disputant, an actio ad palinodiam criminalis sit an ciuilis: & magis mirum, quod etiam Maranta, cuius rationes prauo judicio, præclaras esse Geil. pronunciat, criminalem eam esse defendit: cum tamen neq; pœna hic corpori irrogetur, nec quicquam fisco applicandum petatur, sed tantum hoc vt honori & dignitati eius qui iniuriam passus est, consulatur. Et rationes Marant. nec dignæ confutatione videntur. Ait 1. quod satisfactio ista pro iniuriis & recantatio sit pœna. Resp. ineptam esse consequentiam, quoniam actio furti, bonor. rapt. quod metus causa, & aliæ multæ pœnales quidem, sed non propterea criminales sunt actiones: & ipsa iniuriarum actio ad æstimationem, ciuilis, pœnam persequitur §. *in summa.* 10. *in princ. Instit. h. tit.* 2. ita concludit quod cum hoc iudicio ad recantationem agatur ad pœnam in corpus, vtique illud criminale esse oportet. Resp. antecedens esse falsissimum: neque ex eo probari potest quod recantatio fiat cum quodam *vituperio*: quoniam hoc modo omnis actio famosa futura sit criminalis, quo nihil falsius dici potest. Et insufficiens enumeratio est, quod omnis pœna vel sit pecuniaria vel in corpus: quamuis, vt mox dicemus, nec vera ista pœna esse videatur; & constat iure nostro, quænam pœnæ corporales sint, cuiusmodi qui velit dicere recantationem, parum abest, quin ille ad gentiles & agnatos sit deducendus. Quod 3. addit Maranta, iudicium *de suspecto* propter infamiam quæ damnatum sequi soleat, criminale esse, itidem falsum est: in eoque iniuriam facit Maranta Accursio, qui *in l. plane.* 29. *d. excusat.* non ait accusationem suspecti esse criminalem quia infamet, sed esse quodammodo criminalem & infamare, & quidem vt ostensum *supra disp.* 9. *thes.* 3. non ex se & regulariter, sed propter euidentiorem aliquando, & grauiorem doli. Et igitur nec dubitari quidem debet, quin actio pro recantatione sit ciuilis: pro qua sententia præter alias rationes etiam hanc video allegari vel præcipuam à Mynsing. & Geil. quod aliàs cum ea non posset coniungi & cumulari actio qua ad æstimationem iniuriæ agitur. Sed nimirum illi præsupponunt, quod citato loco

Maran-

Maranta negat & improbat, nimirum cumulationem harum actionum: quam stylo & vsu fori receptam, rationi iuris conuenire non consequitur. Sed & ex hypothesi, quod actio ad palinodiam sit famosa pœnalis, inepta illa ratio est: quoniam regulariter longe facilius est, vt actio criminalis cumuletur cum ciuili, vel saltem vt vna per aliam non consumatur, *argum. t. t. Cod. quando actio ciuilis criminali*, quam vt pœnalis ciuilis cumuletur cum alia ciuili pœnali. Et rationem quare iniuriarum actio ciuilis consumat criminalem, & vice versa, supra exposuimus: quæ eadem ratio facit & multo magis, vt actio ciuilis pœnalis per aliam eiusdem qualitatis actionem consumatur. Et hinc verum non videtur quod dicta *obseruat. 65.* scribit Geil. quæstionis istius de cumulatione, decisionem ex ea pendere, an actio ad palinodiam criminalis sit necne: sicut & eod. vitio laborat ratio Tr. quod admissa sit cumulatio, quoniam actio ad palinodiam non sit criminalis.

Suspicari quis non immerito possit, lapsos hic videri Dd. & actionem criminalem cum pœnali, itemque ciuilem & rei persequutoriam confudisse & pro iisdem habuisse. Istud enim certissimum est, quod actio rei persequutoria nec per actionem pœnalem ciuilem, nisi ea mixta sit, nec per criminalem tollatur. Et plane ex ratione juris nostri vt impediatur cumulatio actionis ad palinodiam, cum actione pro æstimanda iniuria, sufficit vtramque esse pœnalem, neque ea cumulatio jure nostro defendi potest, si illam actionem pœnalem esse statuamus: sed defendi potest, si eam pro rei persecutoria habeamus. Etenim vero licet, vt prædictum, fama vere non lædatur, neque adeo restitutioni locus, & reuera actio ista ad vindictam esse videatur, ideoque nulla hoc respectu iure nostro cumulatio: attamen vulgi opinione perinde habetur, atque si fama læsa per recantationem restitueretur: quod apparet ex notissimis opificum statutis, secundum quæ iniuriis affecti excluduntur, vsque dum idoneam satisfactionem sibi fieri curauerint. Et argumentum præstat, quod *Geil. d. libro primo, obseruat. 65.* per actionem hanc agi ait ad restitutionem famæ: itemque eodem loco, quod recantatio iniungi soleat salua fama eius qui recantat: quæ sane arguunt actionem potius rei persecutoriam, quam quæ detur ad vindictam, aut quæ sit pœnalis: quæ

actiones nomen ſuum tueri non poſſunt, vbi reus nec famæ nec pecuniæ damno coercetur: cæteroquin etiam ex quibuſdam actionibus ex contractu rei perſecutoriis, propriis rationibus infamia ſequitur, veluti actione depoſiti, mandati, tutelæ & pro ſocio: ſed ex aduerſo quæ non infamat nec aliam pœnam irrogat, pœnalis aut criminalis eſſe non poteſt.

Cuius tamen ſententia.] Ait Treut. quod ſententia Marantæ, qui actionem ad palinodiam criminalem eſſe defendit, vera ſit, quando ex ſtatuto cum recantatione infligitur pœna carceris vel relegationis, Sed hoc parum ſubtiliter dici videtur: vel quia Maranta hunc caſum prorſus non tractat: vel potius, quia pœna carceris aut relegationis non poteſt venire vi & poteſtate actionis ad palinodiam, ſed vi alterius actionis cumulatæ, ſiue vere & expreſſe per actorem, ſiue ficte & tacite per interpretationem & autoritatem ſtatuti, quod iurianti aliam pœnam vult irrogari. Sed nec quadrat exemplum allatum ex Saxonia, id eſt, vt dicere debebat, terris Electoris Saxoniæ: quoniam Elector Auguſt. *part.* 4. *capite* 42. non conſtituit hanc pœnam vbi ſimpliciter ad palinodiam eſt actum, ſed abrogata leviſſima nummaria juris Saxonici pœna, contra iniuriantem vsque ad pœnam carceris & relegationis vult procedi. Cæterum Bartol. citatus *in l. fin. verſ. quæro quomodo, n.* 4 *d. priuat. delict.* hoc tantum tradit, ex hac nota diſtingui judicium ciuile à criminali, quod in illo perſequatur quis intereſſe ſuũ, in hoc intereſſe reipubl. vt reus vel in corpus puniatur, vel pœna fiſco applicetur.

LIT. B. & C.

Quod lit. B. proponitur de pœna famoſi libelli, paulo inconcinnius hic tractatur, & pertinet ad theſ. præced. vbi de pœna iniuriarum.

Sed & iis in quorum poteſtate.] Commodius hoc tractatum fuiſſet ſub theſ. 5. verbum autem *poteſtatis* generalius hic accipiendum eſt, vt non tantum patriam vel dominicam comprehendat, (quamuis ſerui re vera non dicantur iniuriam paſſi,) ſed etiam maritalem: quoniam marito vindicatio datur iniuriæ, quæ vxori illata fuit. Ita autem hic ſtatuendum eſt, quod iniuria fiat nobis

bis vel directo vel indirecto per alias personas: & hoc dupliciter, vel quia nobis iniuria per eas personas, quæ per iniuriæ incapaces sunt, facta est: vel quia iniuria personis illis illata nos quoque contingit, ita vt eius executio vel nobis principaliter, vel iuxta cum illis concedatur. At prius genus pertinent serui, quibus ipsis non fit iniuria §. *seruis*. 3. *hoc titul*. sed dominis per ipsos, & quidem iuxta *d*. §. 3. vbi atrocior iniuria est & quæ ad ipsos dominos respiciat. Neque hic obstat quod *in* §. *pœna*. 7. *Institut. d. iniur*. etiam ex persona & qualitate serui crescere aut minui dicitur iniuriæ æstimatio: quoniam hoc non eo pertinet, quasi ipsis seruis iniuria fieret, sed quia pro diuersitate ibi proposita, quam serui ex voluntate dominorum habent, ipsis dominis leuior aut grauior iniuria inferri censetur. Et in tantum dominis actio datur, vt idem obtineat, etiamsi alius in seruo vsumfructum habeat §. *quod si*. 5. *Institut. hoc titul*. adeo vt nec bonæ fidei possessori actio detur §. *sed si*. 6. *Institut. eodem*, nisi contemplatione eius ei iniuria facta sit: quæ limitatio proposita *in dict*. §. *sexto*, repetenda est ad §. *quintum*, in persona fructuarij per *l*. 15. §. *penultim. hoc titul. argumen. l. vigesimæ primæ & vigesimæ secundæ, d. vsufruct*. quippe quod iuxta iam dicta nec ipsis dominis actio datur, nisi ad eorum contumeliam iniuria seruo illata spectet. Ex quo infertur ad decisionem §. *si communi*. 4. *Institution. hoc titul*. si communi seruo facta sit iniuria, non dominicis partibus, sed ex persona dominorum, quibus ipsis scilicet iniuria illata intelligitur, fieri condemnationem. Sed aduersatur *leg. decima sexta, hoc titul*. vbi dicitur non esse æquum pro maiori parte fieri condemnationem, quam pro qua dominus est. Solutio prima est per emendationem textus, vt *in dict. l. decima sexta*, pro *non esse æquum*, legamus, *non esse iniquum*: *Hottoman. 6. obseruatione decima quinta*, quam lectionis varietatem etiam Accurs. annotauit. 2. vt cum eodem Accurs. *dict. l. 6*. restringamus ad casum quo æqualis est dominorum conditio. 3. vt dicamus *dict. l. 6*. pertinere ad determinationem & declarationem *l*. 15. §. *vltim. eodem*, vt videlicet quod dicitur *in dict. l*. 16. non pro maiore parte quam pro qua dominus est, fieri damnationem, non significet portiones dominicas simpliciter spectandas esse, sed hoc, vt pluribus dominis, quibus actionem dari dixerat *in* §. *vltim. l. præced*.

actionem eam non singulis in solidum, sed pro parte dari intelligeremus. Et vero non intelligi ibi partes dominicas illud argumento est, quod JCtus portiones officio iudicis vult æstimari. Hinc non multum abit explicatio quarta, quam obscurius innuere & tradere videtur Accurs. non hunc esse sensum *dict. l. 16 hoc titul.* quod in casu iniuriæ illatæ seruo communi plurium dominorum, æqualis in omnium persona fiat iniuriæ æstimatio, sed quod non ita fiat æstimatio, ac si seruo qui vnius in solidum est, iniuria facta fuisset: quoniam cum ad vtrumque dominum iniuria spectare intelligatur, non potest vnus iniuriam in solidum æstimare, sed quisque pro suo statu & conditione, eoque diuersimode & inæqualiter æstimabit, sub proportione tamen ad eam æstimationem quam quis faceret, si seruus ipsius in solidum fuisset. Fingamus iniuriam illatam seruo nobilis, cuius in solidum est, centum florenis, sed illatam seruo sutoris, viginti florenis æstimari: si seruus æquis partibus communis sit nobilis & sutoris, iniuriam nobilis suam quinquaginta, sed sutor tantum decem florenis æstimabit: & ita hoc quoque modo iniuria pro partibus dominicis recte vindicata dicetur. Et hæc de priori genere. Ad posterius genus pertinent filiifamil. & vxores: quibus & ipsis iniuria infertur *leg. prima, §. vltim. hoc titul.* & per eos parentibus & maritis, Et est tamen impar harum personarum ratio. Etenim vxor si sui iuris sit ipsa quoque iniuriam suam exequi potest, salua tamen etiam marito iniuriarum actione §. *patitur. secundo, Institut. hoc titul.* vbi perspicuum est quod dicitur, non idem esse ex aduerso si viro sit iniuria facta: quoniam hic familiæ totius & ipsius vxoris caput est. Et id tamen limitant Dd. recte, nisi iniuria marito dicta ipsam vxorem directo contingat, veluti si quis maritum appellet vxoris suæ lenonem. Sed filiisfamil. ipsis iniuriarum actio non datur, sed patri, per textum *in l. sed si vnius. 17. §. ait prætor. decimo, cum §§. sequent. D. hoc titul.* ita vt pater remittere & donare iniuriam filio illatam possit *dict. l. 17. §. plane 12.* & excipiuntur tantum duo casus, si pater absens, aut si vilis abiectæque conditionis sit *dict. l. decima septima, § decimo, vndecimo, & decimo tertio, D. hoc titul.* neque obstat quod ipsis libe-

ris

ris iniuria fieri dicitur: quoniam ipsis quidem fit, sed executio eius ad parentes spectat: quamuis sane præmortuo parente actionem dandam esse filio non dubitauerim, quo referri potest *l.* 1. §. *vltim. hoc titul.* Ex quo intelligi potest errare Treut. lit. C. vbi potiorem facit filii conditionem, & simpliciter negat in præiudicium filii actionem à patre remitti posse: nisi forte quis sed nimis argute emphasin esse putet in verbo *præiudicij*, & hoc demum per patrem vilem & abiectum filio honestiori inferri interpretetur. Colligitur etiam hinc, per vnam contumeliam quatuor personas iniuria affici posse, veluti si contumelia dicatur filiæfamil. quæ nupta est filiofam. quo casu iniuria infertur vxori, eiusque patri, itemque marito & huius patri *arg.* §. *patitur.* 2. *Instit. h. tit.*

LIT. D.

Reus damnatus infamis fit.] Limitat hoc Treut. nisi in sententia expresse honor & fama fuerit reseruata: quod ex circumstantiis & causis fieri posse confirmat *ex Geil.* 1. *obseruatione* 65. qui tamen magis de actione ad palinodiam loqui videtur: sed generalius loquitur *Wesembec. consil.* 22. *numero* 26. vbi reprehendit Zas. qui *in l. acta.* 45. §. *de amplianda inf. de re iudic.* statuit, quod iudex qui in aliquem fert sententiam ex ratione iuris infamantem, non possit ei conseruare famam, etiamsi adiiciat in sententia, quod ea non debeat nocere parti condemnatæ in fama sua. Quæ Zasij opinio falsitatis non conuincitur ex textibus à Wesembec. citatis *in l. quid ergo.* 13. §. *pœna.* 7. *de his qui not. infam. & in leg. tertia, Cod. eodem.* quoniam hos ipsos textus allegat Zas. & ex iis confirmat, quod iudex grauiorem pœnam irrogando efficere possit, vt fama conseruetur: quoniam lex quæ plus consequitur ex damnatione rei, vicissim aliquid remittere videtur, vt notatum supra *part. prim. disputatione* 8. *thes.* 2. *lit.* E. Exceptio autem firmat regulam in casibus non exceptis: quæ regula extat in *l. non poterit, alias non potest.* 63. *d. furt.* vbi negatur præsidem prouinciæ efficere posse vt furti damnatum non sequatur infamia: quod sane falsum esset, si simplici illa adiectione fama conseruari posset: neque enim apparet commoda differentiæ ratio inter actionem iniuriarum & furti: quin imo ratio ICti procul dubio

Reus damnatus fit infamis, nisi a judice fama fuerit reservata?

dubio hæc est *in d. l. 63.* quod sententiæ natura sua infamantis effectus arbitrio magistratus mutari & inhiberi non potest.

Nisi coeret p. Procuratorem.

Illa limitatio vera est, non sequi infamiam, si per procuratorem iudicium fuerit susceptum ab initio, & in procuratorem lata sententia *l. furti. 6. §. secundo, de his qui not. infam.* liquidæ & illæ limitationes, si quis precibus impetrauerit ne secum agetur, aut iussu autoritateque prætoris transegerit *dict. l. 6. §. 3.* Sed non æque liquida quæ adiungitur à Treut. si reus æstimationem iniuriæ ante sententiam soluat: siquidem qui soluit, vtique plus intelligitur facere, quam qui paciscitur, quem infamem fieri docet *l. quinta, de his qui not. infam.* quin imo qui pecuniam offert, pro confesso & iudicato habendus videtur, quorum vtrumque infamem fieri constat *l. quarta, §. vltim. de his qui not. infam.* Nec quicquam hic obstat aut pro Treut. facit *l. si reus. 73. de procurat.* quia longe alia ratio est contractus, licet ex eo descendens actio infamet, & delicti, & ex hac causa longe turpior pactio aut confessio: *l. septima, de his qui not. infam.* sicut ex aduerso ex illa causa non nisi damnatum, non etiam pactum vel confessum infamem fieri legimus, de quo etiam actum est supra *part. 1. disputatione octaua thes. 4. lit. D. & thes. 5. lit. H. & thes. septima lit. D.*

LIT. E. F. & G.

Ac iniuriarum finiendo.

Tractatur hic de modis quibus finitur actio iniuriarum: quorum primus refertur, mors, eius videlicet, qui iniuriam passus est: idque in hac actione speciale est, cum aliæ actiones pœnales, licet non in heredes, at vtique heredibus dentur l. 1. *d. priuat. delict.* Et ratio specialitatis tradi solet, quod iniuria & actio iniuriarum facile tollatur dissimulatione, & quia tendit ad vindictam, nullum autem damnum pecuniarium vel æstimationem eius persequitur, remisisse vindictam censetur, qui viuus iniuriam non est executus *argumen. §. vltim. Institut. hoc tit.* Et ergo in actione hac exceptio est à regula *§. non autem. 1. Institut. d. perpet. & tempor. act.* vbi additur, & si qua alia similis inueniatur: cuiusmodi est querela inofficiosi *argumen. l. fratri. §. vltimo, d. inoffic. testam.* vbi id notat Wesembec. *numero sexto,* quia continet vindicationem quandam iniuriæ per exheredationem

tionem vel præteritionem illatæ *Nouell. 115. cap. 5. in princ.* item, vt Theophilus notat, actio ex edicto, de in jus voc. iuxta *l. penultim. & vltim. de in ius vocand.* actio de calumniatoribus *l. 4. d. calumniat.* & si quæ sunt eius generis aliæ, vt tractatur *à Dd. in dict. §. primo, Institut. de tempor. act.* vbi Cuiac. addit ex jure antiquo, actionem de moribus *ex l. vltim. Cod. Theodos. d. incest. nupt.*

Dissimulatione.] Est hic modus generalis, sub quem etiam referri potest mors, vt iam dictum.

Lapsu temporis.] Et hoc quoque sub dissimulationem & remissionem referri, & ita statui potest, quod actio iniuriarum tollatur remissione: & hac vel expressa vel tacita: quæ rursus colligatur tum ex factis, veluti si quis cum iniuriante familiariter fuerit conuersatus *§. vltim. Institut. hoc titul. Clar. in §. iniuria. numero decimo. Damhuder. in praxi crimin. capite 136. numero decimo nono*, vel simplici taciturnitate, si iniuriam ad animum non reuocauerit, aut ea in judicium non deducta, mortuus, vel tempus actioni præfinitum labi passus fuerit.

Ex edicto.] Actio iniuriarum prætoria annalis est *l. quinta, Cod. hoc titul.* & consequenter intra annum litem desuper contestari necessum erit: quoniam hoc regulare est, vt quævis actio, non per citationem, sed per litis contestationem iudicio inclusa dicatur, & ita perpetuetur: de qua re videndi sunt *Balb. d. præscript. part. 4. part. 4. princip. quæstione prima, numero quarto. Geil. 1. observat. 64. numero 6. & 1. observat. 74. numero vigesimo secundo. Hartmann. Pistor. quæstione duodecima, numero 45. part. 2. libr. 1. Iason. & alij in l. 1. Cod. quando libell. princip. datus. Zas. in paratitl. de eo per quem factum erit &c. Zanger. d. except. part. tertia, capite decimo, num. 145. Bartol. in l. 2. §. si rem. numero 4. in f. pro emtor. Hartm. Hartmann. secunda observat. tit. 49. observat. 2. numero 4. Mynsing. respon. 15. numero decimo nono, textus in l. 16. in princ. d. iniur. & in l. si eum. §. 2 si quis cautionibus in iudicio &c.* Illud autem controuersum est, an nus hic actioni iniuriarum præfixus, continuus sit an vtilis. Prius probat Treut. quam opinionem communem esse tradit *Clar. in d. §. iniuria. Mynsing. 5. observat. 7.* & communiter asserunt *Dd. in d. l. 5. Cod. h. tit. glos. ibidem. & Cyn. numero 6. ibidem. & Salicet. ibidem.*

Actio iniuriarum annalis

Eeeeeee

numero secundo. vbi has reddit rationes: quod dilationum tempora sint continua: quod dilationes sint amputandæ: quod actio injuriarum sit odiosa. Quæ tamen rationes nullius momenti sunt: quoniam aliud est, dilatio in judicio concessa, vt V. C. testes vel instrumenta producantur: aliud vero, tempus à prætore edicto actioni in judicium deducendæ præscriptum & aliæ quoque actiones, unde vi, bonorum raptorum, de dolo, (huic autem postea biennium continuum præscriptum fuit *l. vlt. Cod. d. dol. mal.*) odiosæ quidem sunt, & tamen vtilem annum viuunt: quod & aliis actionibus prætoriis commune est. Eoque argumento, testantibus Cyn. & Salicet. iam olim vsus fuit Jacobus de Ravenna, vt probaret actionem iniuriarum durare anno utili, quod videlicet prætor consueuerit eiusmodi annum actionibus à se introductis præscribere. Pro hac sententia militat *l. item si cum.* 14. §. *in causa.* 2. *quod met. caus.* ibi, *& sane cum per metum facta iniuria anno & quidem vtili exoleverit &c.* Cum enim quicunque metum infert, etiam simul inferat iniuriam, inde non obscure infert JCtus, quo tempore actio iniuriarum finitur, eodem etiam actionem quod metus causa, cessare debere: ideoque non sufficit quod Dd. in iniuria per metum illata speciale esse respondent. Neque quicquam obstat textus quo solo fundatur opinio contraria *in l. si non. quint. Cod. hoc titul.* quoniam citra vllam absurditatem annus ibi de anno vtili explicatur, idque secundum subiectam materiam, cum tractetur de actione prætoria, cuiusmodi actiones natura sua anno vtili durant. Cæterum contra quam diximus, videri possint actiones prætoriæ durare regulariter anno continuo, *ex princip Institut. d. perpet. & tempor. act.* ubi Justin. ait, actiones prætorias annuas esse, quoniam & ipsius prætoris intra annum erat imperium: atquin annus imperij prætorij procul dubio fuit continuus: & pertinet huc quod Cicero ait *in tert. Verrin.* edictum esse legem annuam, cui finem afferant Calendæ Januariæ. Sed enimverò ex aduerso constat utique & perspicue constat, quod pleræque actiones prætoriæ anno utili durent: quin & prætor sæpe post annum actionem se daturum pollicebatur *l. prima, d. vi arm. l. quarta, vi bonor. raptor.* quid quod actionem furti manifesti prætor

fecit

fecit perpetuam? teste eodem *Iustin. in f. princip. Institut. d. perpet. act.* amplius fortassis & post annum iam cœptum prætor edictum proponere potuit: & denique in genere traditum est eas demum actiones prætorias annales esse, quæ pœnales sunt aut rescissoriæ: cæteras verò perpetuas *l. in honorariis 35. de Oblig. & Act.* quod & de iis actionibus in specie quas bonorum possessori accommodat prætor tradit *Iustin. in dict. princ. Institut. d. perpet. action.* Existimari fortassis potest, quod edicta prætoris etiam olim, deficiente licet post annum eius imperio & potestate, tamen etiam post annum obtinuerint, & successores quoque, præsertim ex tacita quadam approbatione & autoritate populi jus ex iis dixerint: quod maxime in eo genere edictorum, quæ ab æquitate & justitia commendabantur, obtinuisse verosimile est. Plane nullus pene usus fuisset actionum prætoriarum, si prorsus cum Imperio prætoris, qui eas proposuerat, perijssent. Illud autem omnino hic notandum: quod tempus utile dicatur dupliciter: ratione initij, & ratione decursus. Illo respectu ita dicitur, quod non currat ignoranti & agere impedito *l. prima, d. diuers. temp. præscript. l. secund. quis ord. in bon. possess.* quo respectu utilem hic esse annum contra quosdam rectissime docent *Mynsing. 5. observ. 7. numero septimo, Geil. 2. observat. 105.* ubi supra citatos pro diff. ita allegat, quod etiam ratione principij tempus continuum esse & ignoranti quoq; & agere non valenti currere putent: quod tanto magis falsum habendum est. Hoc respectu vtile dicitur, ut non computentur dies, quibus etiam sciens agere non potuit, non tantum propter impedimẽtum in persona eius, sed etiam judicis vel rei *argumen. leg. 1. in f. d. diuers. temp. præscr. v. Alb. Gentil. d. divers. tempor. cap. 14.* Frustra autem hic obiiciunt Dd. quod prætores etiam edixerint de anno continuo, ut *in l. genero. 8. de iis qui not. inf.* Etenim respondetur. 1. quod hanc explicationem necessario flagitaverit subiecta materia, videlicet de luctu fœminarum propter defunctum maritum, cuius præcipua ratio est à turbatione sanguinis. 2. quod imo prætor nihil hic constituerit de anno, sed eam infamia notaverit, quæ nupserit intra id tempus quo elugere virum moris est, hoc autem tempus iam ante jure civili erat definitum.

Actio ex L. Cornelia sit praetoria, annalis an vero perpetua.

Constitutionibus autem & L. Cornelia.] Hinc descendentes actiones, durare ait 30. annis: quia scilicet sunt actiones ciuiles non prætoriæ. Ideoque nihil necesse erat excipere in linea præcedenti actionem de famosis libellis: quoniam vt supra notatum, persecutio huius iniuriæ olim ex L. 12. tabb. & post ex constitutionibus descendit *l. vnic. Cod. d. famos. libell.* neque alia nisi hæc persecutio ex constitutionibus descendere videtur. Porro in specie de L. Cornel. quæ tribus casibus, cum quis pulsatus verberatus aut domus alicuius vi introita fuisset, propriam actionem dedit, tractari solet, an hæc actio sicut prætoria, & ipsa annalis, an vero perpetua sit. Ea quæstio inter Iohannem & Martinum, vt Cyn. refert *in l. 5. Cod. h. tit.* vel vt Salicet. ibidem & glos. inter Bulgarum & Martinum, iam olim controuersa fuit. Ille actionem annalem & exceptionem à regula statuit: hic sequutus regulā actionem perpetuam esse statuit. Et in hanc Martini opinionem, quam Treut. sequitur, ego quoque sum proclivior: quoniam regulæ insistendum est, donec probetur exceptio: quæ minime probatur ex *l. 5. Cod. h. tit.* quoniam iste textus citra vllam absurditatem explicatur de actione prætoria, quæ generaliter pro quibuscunque iniuriis competit: cum præsertim *in dict. l. 5.* de iniuria verbali, quæ ad L. Cornel. non pertinet, perspicue tractetur, & *in dict. l. 5.* non edictum sed epistola & rescriptum ad priuati consultationem contineatur. Extat autem inter Altorfina consilia responsum 43. quod adoptivum appellatur, & respon. sequent. 44. ab Altorfinis confirmatur, quod actio iniuriarum etiam ex L. Cornel. sit annalis: cui sententiæ confirmandæ adducuntur hæ rationes 1. quod *l. 5. Cod. hoc titul.* deroget regulæ generali, qua actiones ciuiles perpetuæ esse dicuntur. Verum hæc petitio principij est: neque apparet quæ alias vtilitas sit futura actionis ex L. Cornel. siquidem etiam ex edicto prætoris pro quauis etiam reali iniuria, & ex moribus criminaliter quoque extra ordinem licuit experiri. 2. quod *dict. l. 5. Cod. hoc titul.* sit constitutio ciuilis. Verum hæc quidem captatio & cauillatio est: quoniam constat Imperatores passim in Codice de quamplurimis quæ ad ius prætorium eiusque interpretationem pertinent, respondisse. 3. quod actio iniuriarum sit famosa, ad vindictam tendens, & ob id tanquam

quam odiosa restringenda. Respondeo nullam esse consequentiam : quod alias omnes actiones criminales anno fuerint concludendæ: & magis odiosum, aliquem vapulare, pulsari, per vim ædes introiri : cuiusmodi insolentiam puniri, reipublic. vtile, ideoque fauorabile est. Et committitur hic fallacia causæ : non enim quia actio iniuriarum ad vindictam est, sed quia à prætore introducta est, ideo annalis est. 4. quod opinio quæ annalem statuit actionem illam, sit reipubl. vtilior & humanior, ideoque tenenda. Respond. quod nec antecedens simpliciter verum sit, neque extra leges cerebrinæ æquitati & humanitati nobis indulgere liceat. Et videntur autores illius consilij tenuitatem illarum rationum ipsi animaduertisse, quoniam in hoc toti sunt, vt cumulent autoritates quibus sententiam suam communem esse evincant. Et tamen iam olim opinionem Martini probaverunt *glos. in l. Lex Cornel. 5 h. titul. Salicet. in l. 5. Cod. h. tit. numero 3. in f. Bald. ibidem in f.* & ex antiquissimis *Odofred. & Ravennas* referente *Cyn. in l. quint. Cod. h. titul. numer. sexto*, qui & ipse in hanc opinionem inclinat, quam eandem veram & communem Dd. opinionem attestatur *Balb. d. præscript. p. 4. part. 4. princ. quæst. 1. numer. 3.* licet ibidem ineptè sibi contradicat, dum requirit ut litis contestatio fiat intra annum: ex opinione Johann. Andreæ, qui actionem de qua quærimus, putauit esse annalem. Et ita loquitur ibidem Balb. ac si confunderet actionem ciuilem quæ opponitur criminali, cum ea quæ dicitur ciuilis ratione causæ efficientis, & opponitur prætoriæ: qua in re videri potest etiam lapsus *Iul. Clar.* qui *in §. iniuria: num. 9.* actionem ciuilem perpetuam, sed criminalem annuam esse statuit: nisi forte intellexit non actionem ex L. Cornel. sed ex moribus, iuxta *§. in summa. decim. Instit. h. titul. l. vltim. D. eodem.* quæ in locum actionis prætoriæ subrogata videtur. Quamuis & de hoc dubitari possit: siquidem actio aut persequutio ista criminalis non est ex edicto, & publicam quasi vindictam persequitur: ideoque ad instar aliarum actionum criminalium durabit 20. annis: quod & statuendum erit in actione criminali ex L. Cornel. cui publicam persecutionem tantum adscribit, eamque criminalem Treut. thes. præced. lit. F. sicut etiam ex constitutione *l. vnic. Cod. d. famos. libell.* persequutio est criminalis: nec proinde recte dicetur à Tr. quod

actio iniuriarum ex constitutionibus & L. Cornel. duret. 30. annis: nisi ex hac ciuiliter agi proponas iuxta *l. 37. §. 1. h. titul.* Porro ut ad nostram quæstionem revertamur, testatur *Mynsing. 5. observat. 7.* opinionem illam, quæ actionem ex L. Cornel. anno finiri negat, præjudicijs Cameræ esse firmatam: neq; intelligo quo modo non absurde hic replicetur ab autoribus iam d. consilij Altorfini: hoc fieri propter litium in Camera multitudinem, propter quam ut plurimum intra annum litis contestatio fieri non possit. Etenim ita etiam actio prætoria, imo actiones omnes in Camera perpetuo intentari possent. Sed nimirum multitudo illa causarum hoc operatur, ut etiam nuda citatio hactenus ad effectum perpetuandæ litis, vicem litis contestatæ obtineat: minime autem, ut post annum, quod ridiculum sit, supplicate pro processibus liceat. Ex quibus colligere liceat veriorem esse sententiam, quod actio ex L. Cornel. anno non finiatur.

Per retorsionem injuriarum ac... expirat.

Tractari etiam hic solet, an per retorsionem iniuriarum actio expiret. Sed hic primum explicanda fuerit quæstio, an retorsio iniuriæ, & sub quibus terminis & modo, iure nostro sit permissa. Et in continenti quidem defendendæ famæ causa iniuriam retorquere licere, communiter receptum est, testantibus, *Mynsing. 5. observat. 17. Geil. 2. observat. 100. Fachin. 9. controv. 12.* à quibus adduci solent textus *in leg. 3. d. iustit. & iur. l. quæ omnia 25. in princip. d. procurat. leg. qui cum 14. §. si libertus. 6. d. bon. libert.* Sed quod ad l. 3. attinet à defensione corporis ad detorsionem iniuriæ, vitiose infertur: vita non reparatur, sed reparatur fama: quinimo fama vere non læditur, ideoque retorsio iniuriæ, revera non defensio sed vindicta est: ideoque vulgatum istud, quod vita famæ æquiparetur, quæ alias etiam falsa propositio est, vtpote in diversis terminis, hic non procedit: & iniuria *in d. l. 3.* omnino de ea quæ corpori infertur, accipienda est. In *l. 25. de procurat.* non existimandum est quod permittatur procuratori, ut hic iniurioso verbo *mendacij* arguat dominum, sed ut liceat ipsi probare contrarium eius, quod dominus eum arguit suspectum: idque tanto magis probabile est, quod totum istud coram prætore tractatur. In *l. 14. d. bon. libert.* non videtur esse retorsio, sed contraria sive mutua accusatio: quin neque hoc tractatur, an jure id fiat nec ne,

quam

quam hoc magis quod excusatur, qui iusto dolore provocatus à liberto, voluit se ulcisci: & ut hactenus scilicet ignoscatur, ut ne à successione eiusmodi liberti patronus excludatur. Et tamen receptum est, vt non tantum in continenti, sed etiam ex intervallo, nec tantum ab ignorante, sed etiam qui ab initio sciuit, nec tantum verbis, sed etiam literis, per notarium & testes iniurias alteri liceat retorquere, cuiusmodi formulas complures proponit *Harprecht. ad tit, d. iniur.* quod quidem, quin alienum sit à jure nostro, dubitari non decet. Atque in his ex parte etiam consistit retorquendi modus: & præcipuè tamen in hoc, ut quis iniurias illatas falsas esse dicat, easque ad aduersarium pertinere, usque dum earum veritatem in altero legitime ostenderit: quamuis Mynsing. cit. loc. existimet ita retorqueri posse, ut liceat dicere ad iniuriantem: *tu mentiris ut fur & latro*: quoniam ut ipse ait, hæc verba adduntur non ad iniuriandum, sed ad ostendendam & exaggerādam mendacij enormitatem. Et sane siquidem per retorsionem honor & fama conservāda, & iniuria in aduersarium regerenda est, leve nimis videatur, mendacij tātum alterum arguere: & ineptum sit necessitatem imponere eadem recriminādi, quæ forte in alterum non possint convenire. Et ex his judicium ex parte fieri possit, an per retorsionem actio iniuriarum tollatur: quod negandum videtur, si simplex fuerit retorsio: maxime cum retorsio videatur idem operari, quod ab adversario facta recantatio, quod utraq; pariter ad conservandam famam iniuriati tendere videtur: constat autem actionem ad palinodiam cum actione iniuriarum ordinaria cumulari posse: idque tanto magis dicendum fuerit, si personarum paulo maior intercedat inæqualitas. Sed ex adverso movet, tum quod in actione ad palinodiam fama conservari solet, sed per retorsionem, censetur iniuria translata in iniuriantem: tum quia adeo retorsio plus in se continet: tum denique quod retorquens seipsum vindicem & judicem facit, & hoc agit tacite & plerumque efficit, vt alter super injurijs sibi per retorsionem illatis, experiri cogatur: quem scopum cum consequatur fere retorquens, qui ordinario jure debuisset judicio experiri, non est ipsi permittendum, vt amplius post retorsionem agere possit iniuriarum: quod etiam ex hypothesi vindicati & purgati per retorsionem honoris neçessario pene statuen-

ſtatuendum eſt: ſiquidem vindictam, ad quam aliàs actio iniuriarum datur, ipſe iniuriatus retorquendo ſumſit. Et hoc tanto magis probandum eſt, quod ipſa quoq; actio ad palinodiam, magis vindictam ſpectare videtur: & cuius adeo cum actione iniuriarum cumulatio non tam ex ratione juris quam ex ſtylo & judiciorum more cum admittatur, potius reſtringenda quam amplianda eſt. Sed temporis anguſtia non patitur, vt iſta pluribus exequamur.

Illo tamen caſu.] Sententia Tr. eſt, quod annalis quidem ſit actio iniuriarum, ſed non propterea annales etiam aliæ actiones quæ cum illa concurrunt, nimirum actiones rei perſecutoriæ, pro reſarciendo damno, & eo quod noſtra pecuniariè intereſt: cuiusmodi eſt actio L. Aquil. iuxta *l. apud* 15. § *ſi quis.* 46. *h. t.* hæc enim actio cum actione iniuriarum ita concurrit, ut alia aliam non conſumat: unde neceſſario efficitur, quod alibi diſputatum eſt, actionem L. Aquil. non pœnalem ſed rei perſecutoriam eſſe.

AD

AD DISPVT. XXXI.

De

GENERALIBVS JUDICIORVM PVBLICORVM:

Respondente

IOHANNE PHILIPPO FELSEM, Alzeano Palat.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

I*Vdicia publica.*] Eademque, ut in exegesi addit Treut. criminalia, & ea omnia, in specie videlicet sumta, quatenus distinguuntur à popularibus judiciis. Et adeo omnia judicia publica criminalia sunt: sed ex adverso sunt quædam judicia criminalia extraordinaria non publica, *t.t. d. extraord. crim.* Quæstio prima hic occurrit, unde & ex quo judicia ista publica appellentur: & rationem reddere videtur Treut. dum ait, publica esse ea tantum quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt: quibus verbis scilicet innuere videtur, ideo publica dici, quia ita ut publica essent, à legibus constituta sunt. Sed videtur ista ratio insufficiens, quæ desideret aliam rationem: quoniam hoc quod publica sunt, non in simplici nomine & appellatione, sed in aliquo alio, quo

à priuatis judicijs criminalibus essentialiter distinguantur, positum esse videtur: aut juxta Tr. juris illius, cur hæc vel illa judicia publica effecta sint, ratio reddi nequeat. Fortassis ratio à priori hæc reddi potest, quæ moverit legislatorem, quod per ista delicta magis lædi videatur respublica, & quæ adeo vindicari magis reip. interesse creditur: quod etiam probat & bene confirmat *Duar. lib. 1. disputat. 37. & Charond. libr. 3. verisimil. capit. ultim.* docet, quod ad obseruandum reipubl. tranquillitatem judicia publica constituta sint, & propter vigorem publicæ disciplinæ exerceantur: cuius rei fatendum est esse aliquos gradus: siquidem negari prorsus non potest, quod executio privatorum criminum extraordinariorum, etiam ad conservandam reipubl. tranquillitatem pertineat: adde quod *Gomez notat. 3. resolut. 1. num. 10. in f.* privatorum delictorum hanc esse rationem, ut eorum nomine fere privato qui damnum passus est, detur actio ad vindictam & pœnalis, quæ consumant persecutionem criminalem: adeoque si publica esset accusatio præjudicium fieret & quasi injuria privato. Hoc ipsum autem, publicum esse judicium, in eo vel maxime positum esse videtur, quod omnibus ex populo, exceptis specialibus quibusdam personis, jus instituendi ea judicia permissum fuit: ut autor est Justin. quem male quidam hic reprehendunt *in §. 1. Institut. d. publ. iudic.* ubi ait publica dicta esse, quod cuivis ex populo eorum executio detur: (quo loco cur Justin. adiecerit verbum *plerunque*, explicat *Charond. d. cap. vltim. libr. 3.*) licet enim verum sit quod Tr. ait lit. F. ideo omnibus patere accusationem, quia judicia publica facta sunt: nihilominus tamen verum est, quod propter hunc effectum & jus ita constitutum, appellationem publicorum sibi assumserint: quo videtur respexisse *Duar lib. 1. disput. cap. 37.* ubi ait non definitionem, sed Etymologiam judiciorum publicorum à *Iustin. in dict. §. 1.* proponi. Et hinc popularia quoque judicia non inepte publica dici consequitur: quæ sententia est *Cuiacij 8. observatione 33. Charond. 3. verisimil. ultim.* quomodo etiam appellantur *in l. eum qui. 30. §. 3. d. iureiur.* licet certo jure judicia publica in specie dicta, non una qualitate à popularibus actionibus distinguantur: veluti quod legibus specialibus introducta, quod ipsæ hæ leges publicæ appellatæ, quod olim ipsius populi, vel eorum quos populus constituerat super his criminibus cognoscendi jus

erat: quod ipsa principaliter respublica hic offensa &c. juxta notata à Duar. *d. loc.* quo respectu rectè à Treut. judicia popularia proprie publica judicia esse negantur. Plane non dubitauerim, quin ad denominationem horum judiciorum aliquid conferat etiam modus procedendi, vt recte existimat *Cuiac.* 8. *obs.* 33. quem modum descripsit *Brisson. lib.* 2. *antiquit. capite* 1. & ex eo *Gothofred. ad l. ordo.* 8. *d. publ. iudic.* idque non obscure innuit *Iustin. in princip. Instit. d. public. iudic.* ubi ait magnam horum judiciorum à cæteris, & in instituendo & in exercendo esse diversitatem. *add. Govean.* 1. *variar.* 27. Quod autem Treut. *hac lit. in exegesi lin.* 3. pro dissentiente allegat Clar. pertinet ad quæstionem hinc alienam, an adulterium hodie sit crimen publicum, de quo agitur *disput. sequent. thes.* 2. *lit. G.*

An vero iure Canon.] Quæritur an jure Canon. omnia judicia, videlicet criminalia publica sint. Affirmat hoc *Clar.* §. 1. *lib.* 5. *num.* 6. *ex glos. in cap. infames.* 6. *quæst.* 1. Et plane videmus hodie ex omnibus pene criminibus per inquisitionem procedi: quæ nota esse videtur judiciorum publicorum. Et videmus hodie accusante fiscali crimina quævis exerceri, veluti crimen furti, bonorum raptorum: quibus etiam capitalis pœna irrogatur: nec dissimilis ratio esse videtur affinium criminium, effractionis, expilatæ hereditatis, abigeatus &c. Et tamen Treut. negatiue ad propositam quæstionem respondet: quippe quod *in cap. nullus servus.* 11. *caus.* 3. *quæst.* 5. judicia publica distinguuntur à priuatis: cuiusmodi etiam probatio sumitur *ex cap.* 1. 2. *&* 3. *caus.* 15. *quæstio.* 3. ubi textus aliqui juris civilis sunt quodammodo canonisari: cæteri autem textus *in cap.* 14. 16. *&* 24. *d. accusat. cap.* 3. *qui matrimonium accusare. cap.* 32. *d. simonia. cap.* 1. *d. testib. in* 6. distinctionem quidem judicij in criminale & civile, sed quod hic Treut. vult, probare non videntur. Plane verosimile non est, à jure Canon. aliquid novi hic esse statutum: sed istud verosimile est, quod pro quovis crimine censura Ecclesiastica possit imponi.

An jure Can. oia criminalia sint publica.

LIT. B. & C.

Tritum est quod de morte civili proponitur lit. B. Quod autem lit. C. pœnas non capitales explicat de exilio & coercitione corporis, id primo exempli loco dictum accipiendum est: quoniam ex quibusdam publicis judiciis tantum pecuniaria pœna

cum damno famæ irrogatur. 2. coercitio corporis in specie accipienda est: quoniam alias relegatio quoque sub eo genere contineri potest. 3. exilij quoque verbum specialiter accipiendum est, quod alias sæpe deportationem significare solet, vnde illud Ovidij ad Augustum: Quippe relegatus non exul dicor.

Inquisitionis modi.

LIT. D.

In utrisque proceditur.] Duobus procedendi modis per accusationem & per inquisitionem, ex jure Canon. tertium addendum putat, per denuntiationem. Sed videtur jus Canon. à jure civili hic non distare, sed utroque denuntiatio esse actus inquisitionem præcedens. Quod ipsum confirmatur ex traditis à *Treut. thes. sequent. lit.* K. ubi ait magistratum procedere per inquisitionem præcedente vel fama vel denuntiatione, quam speciem ait jure Canon. esse receptam: denuntiatio autem de qua ibi tractatur non est specialis procedendi modus, sed processum ex officio antecedens: quod etiam tradit *Clar. 5. fin. quæst. 3. & 7.* ubi recte docet non nisi duobus modis procede posse: ex officio & ad instantiam partis: & videri possit Treut. sibi ipsi non satis convenire, dum Clar. hic contra se, sed *d. lit.* K. *thes.* 2. pro se adducit. Ad eundem modum *Damhuderius in praxi crim. cap.* 4. denuntiare nihil aliud esse ait, quam crimen deferre ad magistratum, qui postea desuper cognoscat & inquirat: & cap. 6. hanc differentiam notat juris civilis & Pontificij, quod hoc etiam admittantur ad denuntiandum privati honestæ vitæ & bono zelo ducti. Denique citatus *Maranta part. 6. rubr. d. denunt.* hanc dicit esse, modum perveniendi ad judicium, & ibidem num. 7. denuntiationem Canonicam duplicem esse docet, aliam generalem publicam, quando agitur de matrimonio dissolvendo & ejus impedimentis, quæ nihil huc pertinet: alteram specialem quæ fiat per eum, cujus interest habere bonum prælatum administratorem vel subditum: quo refert *cap. licet Heli. 32. d. simon. & cap. 1. d. offic. custod.* Sed quod ad illud membrum attinet de delatione superioris, nullum alium illa effectum habet, quam vt inquisitio instituatur, vt *ex d. cap.* 32. apparet: neque essentiam rei mutare potest, quod iterata monitio caritativa denunciationem præcedere debet. Speciale autem est in admonitione & correctione quam facit superior, qui non parentem ab officio rejicere potest; juxta *d. cap. 1. d. offic. custod.* Et hinc

paulo

paulo insubtilius locutus videtur Pontifex *in d. c. licet Heli in princ.* dum cum duobus illis veris procedendi modis, accusatione & inquisitione, denuntiationem coniungit. Id tamen fortassis eo respectu defendi possit, quod denuntiatio est quædam accusationis species: sed sub ea differentia quod denuntians non persequitur negotium, sed judici illud permittit: ut proinde specialis modus procedendi constitui non possit.

LIT. E.

Viam inquisitionis.] Hanc non tantum permissam, sed etiam regulariter permissam ait: pro qua sententia facit, quod thes. 2. lit. H. traditur V. C. de Irenarchis, denunciantibus & deferentibus delicta ad præsides: huic utique fini, ut magistratus inquisitione facta pœnam debitam decernat: quo pertinent *l. 1. C. d. curios. lib. 12. l. 14. Cod. d. accusat. l. 1. §. quies. d. offic. præf. urb. l. 6. d. custod. reor. l. 13. d. off. præs.* Facere etiam videtur pro ista sententia summa ratio, quod ad magistratum, tanquam reipublicæ custodem, præcipue spectat, ut reipubl. tranquillitatem & subditos in tranquillo & securo statu conseruet: & proinde vindicta delictorum, quibus violatur reipubl. tranquillitas, vel præcipue ad magistratum spectabit. Et non immerito quis existimaverit, hanc primam & principalem haberi debere procedendi rationem, quæ fiat per inquisitionem: & ideo omnibus publice accusandi factam esse potestatem, vt ne quod scelus maneat occultum, sed quocunque accusandi facultatem habente proferatur in publicum ad cognitionem magistratus, quem pleraque delicta clam perpetrari solita, latere facile possunt & solent. Ideoque falli videntur, qui hoc argumento vtuntur contra inquisitionem, quod si ipse magistratus ordinariè inquirendi potestatem habuisset, facultatem accusandi publicam facere necesse non fuisset. Sed & illa hinc removetur objectio, quod si inquisitio regulariter locum habuisset, non in quibusdam atrocioribus criminibus personę quędam aliàs inhabiles ad accusandum admissæ fuissent. Etenim quanto atrocius crimen est, tanto magis opera danda est, ut detegatur & in notitiam producatur. Neque magni momenti objectio est, quod eundem accusatorem & judicem esse videatur absurdum: quoniam magistratus iniuriam non propriam sed reipubl. persequitur & exequitur, cessante ulla privatæ vindictæ vel odij alicujus præ-

Via inquisitionis

ſumtione. Neque deſunt inquiſitionis ex omni antiquitate exempla, & Romanorum, eo præſertim tempore, quo populus pro occurrentibus caſibus, cognitionem rerum capitalium mandare ſolebat, antequam ordinariæ quæſtiones eſſent conſtitutæ: præſertim ubi crimen aliquod in plures diffundebatur, cujusmodi exemplum eſt apud *Liv. lib. 39.* Sed eo fortaſſis tempore, quo collegiū equitum aut Senatorum judicabant de cauſis capitalibus, minus frequentes exiſtimari poteſt fuiſſe inquiſitiones: quamvis procul dubio caput collegij & judicij prætor officio ſuo hac in re uti potuerit. In provincijs credibile eſt frequentiores fuiſſe proceſſus inquiſitionis, *arg. l. 13. d. off. præſid.* (quamvis ille textus de inquiſitione omnino generali loquatur) maxime poſteriorib. temporibus: quo pertinet *l. 1. C. d. curioſ. lib. 12. & l. 1. in pr. C. d. cuſtod. reor.* ibi, *ſive accuſator exiſtat, ſive reum publica ſolicitudo produxerit l. 7. Cod. d. accuſat.* ibi, *etiam citra ſolennia accuſationis, l. ſi quis. 10. Cod. d. epiſcop. & Cleric.* ex quo textu ſatis apparet, in iſto, licet ſpeciali crimine, licere magiſtratui, non expectata accuſatione vindicare in reum: idque etiam oſtenditur *ex Nov. Iuſtin. 128. c. 21.* Et ſane nemo hic poſſit obicem ponere magiſtratui, eiusque officio, & abſurdum ſit exiſtimare, ſi forte accuſator nemo prodeat, ſcelera & facinora, de quibus etiam penè in publicum conſtat, impunita relinqui debere. Utique non temere procedet ita magiſtratus, præcedentibus ijs de quib. th. ſeq. ſed & amplius, vt magis exiſtimo, ex ratione juris Romani, procedendi iſta ratio magis erit extraordinaria, *arg. l. 14. Cod. d. accuſat.* ubi mentio fit ſolennium accuſationis. *Etenim* ambitioſum, & ſuſpectum videri poſſit, aliquem citra accuſatorem in jus trahi: quod regulariter factitatum non fuiſſe, oſtendūt loca quæ citat *Cuiac. 1. obſervat. 33. inf.* & tanto magis ſuſpectum eſſe poſſit, quod à magiſtratu, inſcriptio, ſatisdatio, cuſtodiæ ſimilitudo, ad quæ privati accuſatores tenentur, exigi non poſſint: ut invidioſum prorſus hic ſit, magiſtratui hoc permittere regulariter & in quibusvis criminibus: fac *l. 6. d. cuſtod. reor.* ibi, *ſi quis eum arguat*: item facit, quod ſolemnitates veteris accuſationis non potuerunt expediri per magiſtratum, & quod dicitur *in l. 5. § ultimo, de accuſat.* mortuo accuſatore, reo petente eius nomen aboleri, & quidem, ex Lege aboleri *l. 10. ad ſen. Turpill.* ut hoc caſu videatur magiſtratus crimen perſequi non potuiſſe: quod utique

potuiſ-

potuisset, si processus inquisitionis ordinarius fuisset. Attamen ubi deficiente accusatore reus aliquis commissi criminis ita per famam publicam & denuntiationem delatus est, ut verosimile sit, delictum ab eo admissum esse, ad officium magistratus pertinere videtur, ut legitimam criminis cognitionem instituat. Et igitur nō tantum permissa erit generalis inquisitio, juxta *l. congruit.* 13. *d. offic. præsid.* sed etiam ex causa specialis: quod pene negare videntur Dd. quos sequitur *Marantæ distinct. 6. in pr. n. 6.* ubi inquisitionem ait esse ex numero prohibitorum, & *n.* 40. ad specialia crimina, & *n.* 105. ad speciales casus eam restringit. Solet quidem vulgo tradi, neminem sine accusatore damnandum esse: verum ipsa respub. sub persona magistratus accusatoris vices sustinet, vel ut alij, infamia criminis patrati, & publica vox est accusatoris loco: atq; ita explicāda est *l. rescripto. 6. §. si quis. 2. d. muner. & honor.* quod nemo prohiberi debeat honoribus, interim dum aut accusatio in specie, aut inquisitio contra eum fuerit instituta: quomodo etiam locum eum explicat Duar. 1. *anniverf. disp. c.* 34.

Quam iure Canon.] Hoc omnino certum esse ait Fach. 1. *controv.* 34. & confirmatur ex textibus sub tit. de accusationibus *capit. licet Heli.* 32. *in pr. d. simon.* neq; aliud Clar. pro diss. citatus tradit §. *fin. q.* 3. quam quod remedium inquisitionis etiam jure Can. sit extraordinarium: quod tāto probabilius mihi videtur, quoniam sententia hæc quoad inquisitionem specialem, à Dd. communiter tradita & recepta est, à qua discessisse jus Can. non probabile est. Et videtur istud remedium subsidiarium esse, ubi deficit accusator, & quis criminis alicuius gravi suspicione laborat. jus canonicū

LIT. F.

Accusationis.] Quam facit, ut in exegesi subjicitur populus: i. e, quivis ex populo, eius videl. reip. in qua accusatio instituenda est: neq; existimo, olim à peregrino civem Romanum reum judicio publico postulari potuisse: quippe cuius nec intersit vindicari crimina in aliena repub. commissa: facit quod populares actiones, quæ & ipsæ publicæ sunt, dicuntur esse, quæ jus populi tuentur. Unde limitatio probabilis videri possit, nisi agatur de famoso latrone & insessore viarum, ita vt omnium, etiam qui extra rempublicam sunt, eum hominem puniri intersit: vel eo argumento, quod ad nuntiationem novi operis, si ædificetur in via publica, Via accusationis.

qua

qua omnes utuntur, etiam peregrinus admittitur, ex sententia Dd. quos refert & sequitur *Gomez. lib. 3 resol. cap. 1. num. 28.* & notatum *supra disputat. 18. thes. 2. lit. A.* Plane cum omnes Christiani speciali quodam vinculo contineantur, & generalis quædam unitas Reipublic. considerari hic possit, fortassis quis tentauerit, V. C. Germano in Gallia jus accusandi permissum iri. De illo plane non dubitem, quin Germanus in alterius principis, quam cuius potestati subiectus est, territorio accusare possit: siquidem omnes Germani revera una republ. sub vno imperio continentur. Et ita accipi possit opinio eorum, quos cit. loco refert & sequitur Gomez. quod etiam forensis sit admittendus ad accusandum: cum præsertim Dd. verbo isto *forensis* latissime uti, eoque quemcunq; extra rempubl. aliquam particularem existentem comprehendere soleant.

Neq; etiam publica.] Istud nihil huc pertinet, sed ad lit. A. quamobrem judicia ista publica appellentur.

LIT. G.

Modo hæc coram eo.] Istud ex se expeditum est, quod jurisdictionem fundatam, & magistratum sive judicem oporteat esse competentem: & adeo talem, cui ut Treut. ait, à lege vel principe jus cognoscendi de criminibus concessum est: & in summa, qui habet imperium merum: hoc enim non nisi ex speciali concessione cuiquam competere solet: qua de re, & aliis ad tractationem meri imperij pertinentibus, actum est *supra part. 1. disp. 5. th. 5. & seqq.*

Vt olim proconsuli.] Nimirum imperium merum in provincijs proconsuli & præsidi, in urbe, quæstoribus competijsse ait. Sed siquidem accurate agendum esset, non una distinctione temporum fuerit utendum: quoniam & sub libera republ. & postea, provincias quasdam prætorias fuisse constat: & qui ab Augusto regendis provincijs, quas sibi reservaverat præficiebantur, legatos Cæsaris & procuratores appellatos fuisse docet Onuphrius. Sed ista à Treut exempli tantum loco dicta existimandum est sicut & illud quod de quæstoribus in urbe tradit: quoniam præfecti urbi & antiquissimis temporibus, & postea imperium merum Romæ habuerunt: intermedio autem tempore, ita sane obtinuit, ut cum nec consulibus quidem iniussu populi de capite

civis

civis Romani statuere fas esset, pro re nata constituerentur quæstores rerum capitalium: ut refertur à *Pompon. in l.* §. *sed quia* 23. *d. Orig. iur.* Et quæstorum istorum mentio fit apud Fenestellam & Pompon. Lætum, ita ut ex his colligere liceat eosdem quæstores & conquirendis pecuniis, & rebus capitalibus fuisse præfectos: quod hausisse videntur ex Varrone *lib. 4. d. ling. Latin.* quæstores, inquit, à quærendo, qui conquirerent pecunias publicas & maleficia. Sed nimirum Varro notationem nominis proponit: minimè autem hoc dicit, quod iidem utrique rei fuerint præfecti: quippe cum quæstores rei nummariæ fuerint ordinarii, & per successionem perpetui, quęsitores autem rerum capitalium extra ordinem, & quamdiu cognitio duraret constituerentur: quos parricidii quæstores appellatos fuisse, docet *Pomponius in d. l. 2. §. 23. d. orig. iur.* & *Onuphrius comment. in lib. 1. Fastor.* ubi toties, quoties de capite civis Romani jus dicendum esset, quæstores per populum creatos fuisse ait, eumque magistratum extraordinarium fuisse. Illud autem omittendum hic non erat, quod citato loco idem scribit, postea in locum eorum quæsitorum triumviros capitales, perpetuum magistratum, adeoque ordinarium creatum fuisse: itemque postea quæstiones perpetuas constitutas, & proprios prætores, qui de singulis pene criminibus cognoscerent, creatos: quos speciatim idem enumerat *lib. 2. in descript. vrb. Rom. ubi de magistratibus: & iam citato loco in comment. in lib. 1. Fastor.* scribit, quod à veteribus quæsitoribus parricidii, postea etiam qui quæstionum judicia exercebant, quæsitores fuerint dicti: & locum eum non abs re fuerit hic adscribere. Præter eum, inquit, prætorem, cujus jurisdictio erat de crimine sibi oblato cognoscere, sorte creabatur ex numero judicum vnus, qui & quæsitor, & judex quæstionis à Cicerone, & princeps judicum à Pediano dicitur. Nam in judiciis publicis, quorum ex aliqua lege perpetua jurisdictio constituta erat, ita cognoscebat is prætor, qui quæstioni præerat, ut eius munus tantum esset judices cogere, eorumque sortitionem ac subsortitionem facere, ex iis judicum decuriis quibus judicandi tum munus incumbebat, reliqua vero quæ ad causæ cognitionem pertinebant, quæsitor, sive judex quæstionis absolvebat. Prætor quidem pro tribunali residens, ac pro imperio judices cogebat; judex vero quæstionis in subselliis prætorii tribu-

nalis cum cæteris judicibus ſedens de crimine quærebat, atque ad cæteros judices referebat. Et (ut ait Quintilian.) prætor in ijs quæ imperij ſunt fere impediebatur; Judex quæſtionis in ijs quæ ad cauſæ cognitionem pertinebant, eodem prope modo, quo in privatis actionibus judex à prætore datus; tum cauſa cognita judices ſententiam ferebant. Hactenus Onuphrius. Ex quib. apparet, imperite à quibuſdam cum illis olim parricidij quæſitoribus, iſtos quæſtionum judices confundi.

Horum tamen iudiciorum.] Præmiſſa de magiſtratibus habentibus imperium merum, & eius vigore de judiciis & criminibus publicis cognoſcentium, ab hoc loco paulo alieniora eſſe videntur: ſicut & iſta quæſtio, an privato imperium merum fuerit datum: de quo actum ſupra *part.*1 *diſp* 3.*theſ.*6. *lit.*C. Iſtud ſaltem hic addere libet: exemplum eius qui habet imperium merum, & tamen magiſtratus non eſt, nec quidem extraordinarius, extare in hoc quæſtionis judice, de quo modo dictum eſt, eoque recte ſe habere probationem Cujac. hic à Treut. improbari *ex l.*1. C. *ad L. Cornel. d. ſicar.* Deinde quod hæc quæſtio non ſit formanda de caſu, quo in ſpecie aliqua & ſingulari actu, alicui mandata ſaltem ſit cognitio de criminibus: quem vtique magiſtratum exinde effici dixerit nemo. Illud plane apertum eſt, quod in collegio aliquo & pluribus ſimul ſumtis conſiſtere poſſit imperium merum, ut tamen ſingulæ perſonæ ſeorſim conſideratæ merum imperium non habeant.

Præſidem provinciæ magiſtratum fuiſſe aio.] Iſta quæſtio prorſus hinc aliena eſt: & poſſit ea videri carere ratione dubitandi, ſiquidem præſes ſupremam poſt principem in provincia habet poteſtatem: nec minus quam proconſul omnium magiſtratuum qui Romæ ſunt partibus fungitur *l.* 4.10.11. *& paſſim de offic. præſid.* Et utcunque textu deficeremur, ratio certa politica hoc evincit: quoniam præſes præter jus imperandi, in quo præcipue ſpectatur vis magiſtratus, ut docet *Ariſt.*4.*Polit.*15. etiam conſultandi jus & judicandi habet. Et igitur *in leg.* 12. *in pr. d. accuſat. & l* 3. §. 1. *quod met. cauſ.* qui textus in contrarium adduci ſolent, intelligendus eſt præſes opponi non ſimpliciter magiſtratui, ſed magiſtratui populi Romani, idq; duplici reſpectu. 1. intuitu cauſæ efficientis, quia præſes non conſtituebatur à populo, ſicut proconſul, qui mittebatur

in pro-

in provincias, quas Augustus populo vel senatui potius gubernandas reliquerit. 2. ratione obiecti, quia non præerat populo Romano: licet enim ex constitutione Antonini omnes subditi cives Romani effecti sint *l. 17. d. stat. homin.* tamen non effecti sunt æquo jure, neq; ita ut appellatione populi Romani in specie contineantur: neq; novum est, ut aliquando JC*ti* ad rationem moris & juris antiquioris loquantur. Sed prior ratio rectior est: quia alias nec proconsul eiusq; legatus qui provincialibus imperabant magistratus Romani fuissent. Facit huc, quod à Fenestella, Pompon. Læto, Onuphr. præsides inter magistratus populi Romani non videmus connumerari. Atque hęc distinguenda erant *Hottom. lib. 6. obs. 22.* non autem simpliciter negandum, quod pręses fuerit magistratus. Illud etiam obiter hic addendum, eos qui postea præsides dicti, sub Augusto, legatos Cæsaris, quo nomine etiam postea sæpe appellati, & procuratores, & in genere rectores dictos fuisse: de quo accurate scripsit *Onuphr. lib. 3. in descript. Imper. Romani*, ubi quæ populi Romani, quæ principis prouinciæ fuerint, & varias provinciarum distinctiones, & rectorum sub varijs principibus appellationes refert.

LIT. H.

Vt præfectus urbi.] Non rectè se habet oppositio lit. G. & H. dum imperium proconsulis & præsidis legi, præfecti autem urbis imperium principi acceptum refert: quoniam cum appareat distingui à proconsule præsidem, & hunc in specie intelligi, quem princeps constituit, non animadverto quomodo ead. ratio hac in re proconsulis & præsidis statui debeat, cuius potius imperium debet ad principem referri: populus autem lege lata magistratibus suis potestatem conferre solebat.

Qui & extra urbem.] De latitudine imperij quod præfectus urbis habuit, nihil attinet hic disputare: videndi sunt IC*ti sub tit. d. offic. præfect. urb. Fenestell. Pompon. Lætus, Onuphr. Cassiod & alij.*

Eandem facultatem habet.] Jam extra remp. Romanam generalius agit, & tradit, facultatem cognoscēdi de criminib. eum habere magistratum, in cuius territorio delictum est cōmissum. Et sc. præsupponere oportet talē magistratum qui habet imperium merū: idq; pertinet ad modos sortiendi fori in criminalibus, quorum unus est locus commissi delicti, juxta notata *supra part. 1. disp. 3 th. 8.*

An delegatus cognoscere possit

Non etiam delegatus.] Dictum est supra *d. disputat. 3. thes. 6.* imperium merum mandari non posse : ideoque cum delegabile non sit, prorsus consequens est delegatum de causis criminalibus cognoscere non posse, cum nec omnino hic delegatus dari queat. Dictum autem ibidem est, excipi causas absentiæ & infirmitatis: quod etiam hic attingit Treut. ubi quod addit de ætate, alienum videtur à jure nostro, quo imperium merum personæ ob ætatis defectum inhabili, nunquam datum fuisse videtur : quod enim *in l. ultim. Cod. qui testamen. fac poss.* de pupillo tribuno militum scribitur, imaginariæ tantum & honorariæ fuit dignitatis. Sed nimirum Treut. loquitur juxta constitutionem Carolinam peinliche Halßgerichts Ordnung *artic. 2.* juxta mores hodiernos, ex quibus V. C. nobiles jure hereditario & proprio jurisdictionalia habent, & iudicia criminalia exercent: & maximè si ex pluribus judicium criminale constituentibus unus & alter defectum ætatis patiatur, alij interim substituendi erunt. Est autem mala comparatio eorum qui tale jus habent, cum magistratibus, qui temporale & revocabile ad nutum concedentis imperium acceperunt: V. C. princeps vel comes Imperij utcunque recognoscens superiorem, jurisdictionem, ut loquuntur, patrimonialem & ad heredes transitoriam habent: eoque cum magistratum constituunt, iure regalium id faciunt, nō autem Imperium vel iurisdictionem mandant : ut supra contra vulgatum & à Treut. probatum errorem probatum est *part. 1. disputat. 3. thes. 6.* Plane constitutio *Carolina d. artic. 2.* generalius loquitur de ijs quoque, die wegen jhrer Güther die Peinliche Gericht besitzen/ in quorum locum ut subrogatio fieri possit, requiritur consensus superioris.

An possit exequi

Iis tamen casibus.] Negat quod jam dictis casibus delegatus possit exequi sententiam : quod maxime dubium videtur in terminis de quibus iam dictum est, ubi vel qui imperium iure proprio habet, vel alius etiam in locum suum, & hoc quidem permissu superioris alium subrogari curat : maxime si alios collegas jure suo exercentes judicia adesse præsupponas : sed jure civili verius existimari possit, ius etiam exequendi transire ijs casibus, quibus imperium merum licite mandatur : sicut & illud verius est, mandato jurisdictionis imperium mixtum, & proinde ius exequendi contineri. Neque adeo obstat quod de judice pedaneo

objici

objici poſſit ex *l.* 15. *in princ. de re iudic.* quoniam iudex pedaneus nudus eſt miniſter, ſimplicem habens cognitionem, non autem, ſive propriam ſive mandatam iurisdictionem. Quamvis tamen etiam admiſſo eo, quod mandatarius iurisdictionis ſententiam exequi poſſit, alia ratio ſit imperij meri: quoniam illius quidem mandatum ordinarium cenſetur, huius autem extraordinarium & non niſi in caſu neceſſitatis admiſſum eſt, ut merito negotium integrum adhuc ad mandantem referendum eſſe, & interim ſententia vel potius executio huius ſuſpendi & interim differri debere, videatur: idque in caſu infirmitatis perſpicuum eſt: non item in terminis abſentiæ: ubi non videtur animaduerſio in facinoroſos differenda: & quia mandatum permiſſum, ſub qualitatibus alterius mandati permiſſum cenſebitur.

THESIS II.

LIT. A.

Treut. cum Dd inquiſitionem ſtatuit aliam generalem, aliam ſpecialem. Sed *Damhuderus in prax. crimin. capite* 8. tertiam facit ſpeciem intermediam ſive mixtam, quæ Treut. generalis eſt, ubi conſtat de delicto, ſed non de perſona: generalem autem, ubi de neutro conſtat. Sed hoc caſu non videtur eſſe inquiſitioni proprie dictæ locus: neque ita appellari poteſt, ut male putat Damhuder. cautio magiſtratus in futurum, & provida diligensque adminiſtratio per quam futuris delictis occurratur. Rectè autem generalis appellatur inquiſitio, ubi inquiritur de commiſſo furto vel homicidio: ſpecialis autem, ubi de furto aut homicidio, quod Titius aut Sempronius commiſiſſe dicuntur: & ad priorem ſpeciem *l. congruit.* 13. *d. offic. præſid.* recte referri videtur.

LIT. B.

Cum de delicto.] Delictum commiſſum eſſe ante omnia conſtare oportet: quod ampliat Treut. his verbis: *adeo ut aſſerenti ſe delictum quoddã perpetraſſe non credatur, niſi etiam aliter de delicto conſtet.* Quibus verbis Treut. delabi videtur in alteram ſpeciem inquiſitionis: quoniam ubi aliquis aſſerit ſe delictum commiſiſſe, neceſſario oportet perſonam delinquentis intervenire in proceſſu

inquisitorio : quæ inquisitio non iam generalis, sed specialis est. Sed & alias quod iam dictis verbis proponit Tr. vt ipse docet citatus *Fachin. 1. controv.* 28. tum verum est, si delicti de quo agitur, extare potest aliquod vestigium, & ut loquuntur, ubi relinquitur aliquod delicti corpus, veluti in incendio, homicidio &c. secus in iis quæ eiusmodi vestigia non relinquunt, veluti adulterium, proditio &c. in quibus confessionem, fama & aliis indiciis suffultam, ad condemnationem quoque sufficere, ex Dd. citato loco tradit Fachin. Et vix iuxta hanc limitationem accipi possunt verba Treu. propter oppositionem sequentem *in vers. quod si sit* : ubi in specie proponit delicta quorum solent remanere vestigia : ad quem solum casum pertinet quod Tr. confessum condemnandum esse negat : quod tum vel maxime obtinebit, si confessio facta fuerit per torturam. Est & hic notandum : dupliciter posse dici constare de corpore delicti : tum ubi cadaver hominis reperitur occisum: tum etiam, licet minus proprie, ubi civis aliquis nunquam comparet, neque tamen corpus, fortassis in flumen abiectum, apparet, aliis tamen indiciis occisi hominis occurrentibus.

Quid si sit delictum.] Male Tr. ita loquitur, perinde ac si novum casum proponeret, cum tamen præmissa ad hunc casum pertineant, quo delicti perpetrati vestigia remanent.

Tum non dicitur.] Nimium hic onus iudici imponit Tr. ut ipse necesse habeat subiicere oculis corpus delicti : siquidem hoc non incommode per alios experiri possit: maxime si in loco remoto delictum perpetratum proponatur : cum nec hodie frequententur remissiones, sed rei in loco ubi reperiuntur pœnæ subiici soleant. Possit tamen fortassis Tr. explicari ex cit. *Clar. quæstio* 4. ubi ait quod vel ipse iudex debeat inspicere corpus delicti, vel mittere notarium. Plane cum hæc sit probationis species, tutius egerit iudex, ubi id commode fieri potest, si ipse in rem præsentem descendat: quemadmodum in criminalibus ipsum quoque, testes audire & examinare oportet.

LIT. C. & D.

Cum de utroq; constat.] Constat sc. ita, ut persona aliqua designetur, & criminis commissi rea arguatur : cæteroquin ea gratia ut vere constet, processus inquisitionis instituitur.

Quod si ignoretur] Sensus hic est, si dubitetur, an homo V. C.

casu

casu mortuus, an scelere alicuius peremtus sit: ita enim *Clar. quæst.* 4. *in f.* proponit casum hominis mortui in puteo reperti, in quo violentiæ ab alio illatæ non apparent indicia.

Fama publica.] Cum de homine grauissimi criminis arcessendo, & etiam incarcerando tractetur, oportet eum satis antea & sufficienter gravatum esse, ne temere quid hic judex fecisse videatur: priuato autem cuivis facultas quemq; sine ulla diffamatione præcedente accusandi concessa est: sed ipsius sc. periculo, quem temeritatis suæ grauissima manet pœna. Et hinc non recte videtur Tr. æqualiter quodammodo requirere famam, per quam constet de delinquente & de delicto: quoniam de hoc ex re ipsa citra denuntiationem quin & famam constare potest.

An autem valebit processus.] Ego magis putaverim contra Tr. cum *Clar. 6. nu. 9.* ubi hanc communem Dd. sententiam esse tradit, si exceptio fuerit omissa, de famæ defectu, processum ipso jure subsistere. Etenim præcedens illa fama facit præcipue ad excusandum judicem à suspicione temeritatis: quæ in judice vel accusatore non videtur inducere nullitatem processus. Neque obstat citatum à *Tr. c. 21. §. ad hæc. d. accusat.* in quo tantum pontifex instruit iudicem, quo modo legitime processus inquisitionis sit instituendus. Et cum ipse Tr. in f. lit. D. admittat casus quibus inquisitio recte fiat absq; fama præcedente, tanto minus fama de essentia processus existimanda videtur: fama videl. qualem hic describit Tr. nam si contra aliquē vix ullo modo suspectū iudex procedat, facile concesserim eiusmodi processum omnino nullū habendum esse.

LIT. E. & F.

A personis fide dignis.] Fama quidem non est ea quæ refertur, sed est ea de qua agit Tr. probatio famæ: quoniam non satis est vagari famam, nisi etiam de ratione famæ per testes aliquo modo constet: de qua re & famæ probatione videnda sunt tradita à Mascard. & aliqua à *Clar. §. fin. q. 6. nu. 12.* quod numerum testium, per quos probetur fama, arbitrio iudicis permittit, absolute quidem verum est: sed vix si personas fide dignas, quales lit. E. requirit, & omni exceptione maiores proponas. Porro circumstantiæ relatæ sub lit. F. faciunt ad corroborandam famam, & ut tanto plenior fides testibus adhibeatur: sed & eo pertinent, ut exinde possit formari libellus inquisitionis, quippe in quo non minus quam li-

bello

bello accusatorio tempus & locus criminis commissi exprimenda sunt, ut post Dd. notat *Clar. §. fin. q. 31. nu.* 11. ubi plenius de libello inquisitorio tractat.

LIT. G.

Magistratui relata. Subiicit in exegesi, *modo competenti.* Quæ verba ad formam & rationem referendi pertinere videri possint: sed apparet ex cit. *Marant. part. 6. in princ. num.* 102. *modò* sumi hic hic aduerbialiter, quod necessum sit ut magistratus sit competens. Verum istud nec huc pertinet, & ex se apertum est, & iam satis traditum *th. præced. lit.* G. & H.

An igitur inquisitio.] Quærit Treut. an inquisitio contra usurarium ab ullo judice criminaliter fieri possit. Sed ista quæstio nihil cum eo quod de competenti magistratu præmissum erat, commune habere videtur: neque responsio vel sententia Treut. eiusque ratio dependet ab incompetentia judicis, sed à qualitate admissi, quod, videlicet exercitium fœnebre, Treut. publicum judicium esse negat, & *supra disputat.* 3. *thes.* 5. *lit.* F. crimen illud extra ordinem tantum coerceri posse statuit: ubi etiam quorundam sententiam retulimus, quod plane usurarius criminaliter non teneatur: quam opinionem à Treut. sibi contrario hic defendi apertum est, tum ex allegatis autoribus, tum quod simpliciter negat criminaliter contra usurarium procedi posse. Et tamen illa adjectio, criminaliter, nulla & superflua est: quoniam omnis processus inquisitorius, de quo hic tractatur, criminalis est. Nec dissimiliter supervacue & quasi per ambages *multis verbis*, quin & subobscure responsionem suam proponere videtur, cum appareat, simplicem eius esse hanc sententiam, quod nec Canon. nec civili jure contra usurarium per inquisitionem possit procedi. Sed videtur responsione sua simul proponere & decidere voluisse quæstionem, an cognitio super usuris pertineat ad forum seculare an ad Ecclesiasticum: de quo aliquid dictum *supra d. disputatione* 3. *thes.* 5. *lit. f.* quod ex quorundam sententia hoc crimen usuratum sit fori mixti: licet à pluribus & communius prorsus Ecclesiastici fori statuatur: quod sequitur *Maranta part.* 6 *rubric. d. inquisit. num.* 108. & *sequent.* Ex quo videatur colligi posse iniquitas clericorum, qui causas quas fecerunt Ecclesiasticas, licet laicos concernant, ad forum suum trahunt, & simul causas se-

culares

culares quæ concernunt clericos, in foro suo tractari volunt. Cæterum ut rem ipsam & principalem quæstionem tractemus, non absurde defendi possit, quod contra usurarios tanquam ex crimine stellionatus etiam jure civili liceat experiri criminaliter. Cui sententiæ inepte obiicitur à Marant. quod jure civili permissæ sint usuræ. Etenim in hac quæstione aliter usurarius ex jure Canon. aliter ex jure civili definiendus est: & ex illo usurarius est, quisquis sub quacunq; quantitate accipit usuras: ex hoc autem usurarius, qui quidem pro delinquente haberi debeat, is est, qui ultra modũ legibus permissum & ita illicitum & improbum fœnus exercet, quem notari infamia rescriptum est *in l. improbum. 20. Cod. d. his qui not. infam.* Ex quo etiam claudicat altera ratio Marant. quod istud crimen sit fori Ecclesiastici: quoniam isto etiam admisso, poterit vindicari jure civili, quatenus usurarius talis peccat contra constitutiones. Nulla etiam ratio est, quam licet ex sententia aliorum proponit *Marant. cit. loc. num. 111.* quod usuræ solvantur consensu debitoris: vel quia non sufficit hic consensus ad excusandum creditorem, qui contra leges stipulatur & accipit usuras: vel quia jura præsumunt consensum non verum & liberum, sed extortum potius: siquidem miseri debitores pecuniæ indigi nihil non promittere dicuntur: & hanc sententiam, quod etiam jure civili usurarius possit puniri criminaliter, probat etiam *Clar. in §. usura. n. 6.*

Quod ad jus Canon. attinet apparet ex *Marant. num. 111. & sequent.* qui pro diss. hic citatur, existimare Treut. quod nec isto jure criminaliter conveniri possit usurarius: cuius rei fundamentum ponit Treut. *in cap. 5. d. usur.* idque ita inducitur à Marant. quod tantum ibi proponatur pœna, ut arceantur usurarij à communione altaris & Ecclesiastica sepultura, & insuper si usurarij pauperes sint, nulla illis dicitur pœna irroganda. Vnde apparet nec jam dictas quidem pœnas simpliciter, sed in casum & eventum contumaciæ imponi, si usuras improbe acceptas, pro salute animæ restituere nolint: cæteroquin non excusaret paupertas, quin nec simplex restitutio sufficeret, si usurarum exercitio pro crimine haberetur: cum & vulgatum sit, eum qui non habet in ære, luere in corpore, & illud utique certum, quod criminosus simplici restitutione rei non defungatur, & ex cujuscunque criminis causa

ris grassantibus, & tamen latentibus, & quæ non nisi officio magistratus interveniente in publicum protrahi possint: in quem finem intelligenda est fieri inquisitio, salua nihilominus privatis civili etiam persecutione: nisi fortassis nulli compareant, qui proprio nomine crimen persequantur. Qua limitatione, & cætera ferè, quæ scrupulum movere possunt, expediuntur: & præcipue textus *in dict. l.15. §. 35. d. iniur.* in qua specie cum nec dominus nec servus agere possint, absurdum sit, libidinem & petulantiam alterius manere impunitam: quamvis etiam poni probabiliter possit, officium magistratus nobile, à domino vel etiam ab ipso servo fuisse imploratum. In *l.4. Cod. d. sepulch. viol.* expresse ab Imp. quoad pœnam decem pondo auri, accusatio illa publica efficitur. Obiectio ultima jam expedita est: quia admittimus, à magistratu, si privatus jure suo non vtatur, crimina eiusmodi vindicari posse. Et ex jure Can. ut notatum th. 1. communius creditur omnia delicta pro publicis haberi: quod hodie fere usus etjam observat, ut constituto fiscali omnes pene accusationes instituantur: quod ita practicari hodie refert *Gomez. d. lib. 3. resol. cap. 1. num. 10.*

LIT. H. I. K. & L.

Denunciatio triplex.

Proponit hic alterum, quo interveniente & præcedente inquirat magistratus, videlicet denuntiationem: quam triplicem facit, officialis alicuius, partis offensæ & alterius tertij extranei. Sed quoad hos duos, denuntiatio non recte videtur opponi famæ, & tanquam diversus modus ab ea distingui. Neque enim sola horum denuntiatio citra famam præcedentem sufficere debet ad instituendum processum inquisitionis: quod suadetur tum textibus *in capit. 21. & 24. d. accusat.* tum hac ratione, quod his personis permissum est jus accusandi, sub periculo calumniæ & talionis, quod alias quivis clandestina delatione cuperet evitare: & ita in terminis *Clar. quæstione 10. numer. 11. in f.* negat citra diffamationem judicem procedere debere ad solam partis offensæ querelam. Alia ratio est V. C. Irenarcharum, qui ex officio crimina ad magistratum deferunt: quamvis nec his omnimodo hoc libere liceat & impune: siquidem ut Treut. ait lit. H. ab iis quoque denuntiatio in scriptis offerenda, & veritas probanda est, ne incurrant in pœnam: quod non obscure probari videtur ex *l. 3. Cod.*

Officiu Irenarcharu

d. cu-

d. curios. lib.12. & ex l.6.§.3. ad SCtum. Turpill. ubi dicitur quod nuntiatores, qui per notoria indicia produnt, notoriis suis adsistere jubeantur: ubi notoria *Cujac. 1. observatione 33.* explicat de elogiis, quæ Irenarchæ adscribebant ijs quorum crimina deferebant: & ante eum Budæus notoria interpretatur, indicia delatorum: in notis *ad dict. l.6.* ubi idem Bud. recte videtur emendare *l. ea quæ. 7. Cod. d. accusat.* hoc modo: *verum falsis necne notoriis insimulatus sit &c.* Et ergo ut recte docet Bud. sententia hæc est *dict. l. 6. §. 3. ad Turpill.* nuntiatores qui reos deferunt per notoria, esse quidem extra calumniæ periculum, assistere tamen debere suis notoriis, & tueri ea quæ detulerunt, dum de crimine cognoscitur. Et hactenus admittitur quod Treut. ait, veritatem denuntiationis ab Irenarchis esse probandam. Illud autem plus cautionis requirere videtur, quod in eventum si non probaverint, pœnam eos manere addit: quoniam hoc tantum verum est, si mala fide per calumniam vera pro falsis retulerint *l. 6. inf. d. custod. reor.* & adeo insontibus calumnias nexuerint *dict. l. 1. Cod. de curios.* cæteroquin si etiam per imprudentiam quid fecerint, non puniuntur, ut expressum est *in dict. l. 6. inf. d. custod. reor.* eoque facit, quod denunciant & deferunt citra solennia accusationis *l. 7. Cod. d. accusat.* adeoque citra inscriptionis necessitatem: quod rectissime notat *Robert. 1. recept. lect. 25.* à quo si dissentit Treut. (citat autem eum pro dissentiente) & delatores hos eodem modo quo accusatores obligari & adstringi putat, procul dubio fallitur. Illud admitto, quod ad hujusmodi delationem magistratus etiam citra accusatorem procedere possit, (quippe cum huic fini denuntiatio fiat) & hoc tamen non temere, sed propenso judicio *argum. l. 7. & 14. Cod. d. accusat.* quæ ipsa videtur esse sententia Cujac. improbati à Treut. quoniam *1. obs. 33.* his ipsis verbis utitur, ut non temere etiam post denuntiationem citra accusatorem à magistratu contra delatum procedi posse existimet: utique enim negari non potest, quod jure nostro inquisitionis processus extraordinarius sit, de quo actum *th. præced. lit. E.*

Motu proprio à parte offensa.] Hanc in specie querelam appellat Treut. & multum ab accusatione differre ait, ex *Clar. quæst. 10.* qui moribus hoc tribuit, ex quibus querela quasi in locum accusationis sit subrogata, & cum ea concurrat inquisitio. Verum ex

& jure metuere possit accusator, ne hinc à reo calumniandi quædam occasio captetur. Et prorsus iniquum quin absurdum sit, etiam horam teneri edere accusatorem, quæ cum die conjungitur *in dict. l.3. de accus.* & de qua idem quod de die satis perspicue affirmat Treut. Sed & notanda hic videtur fallacia quædam. Quoniam si ponamus liquido diem ab actore edi posse, facile consenserim teneri id facere actorem: sed enim præsupponendum est, quod accusator liquido & secure diem indicare nequeat: ex quo porro concluditur, accusatorem invitum, ut horam vel diem libello apponat, arctari non posse.

Iure Saxonico.] Memini clamorem eiusmodi in terris Saxonicis fieri, sed post iam cognitam causam, supra reum iamiam condemnandum & carnifici tradendum: quo tempore reus solennitatis cuiusdam gratia coram judice accusari, & statim condemnari solet. Sed istud quantum à libello accusatorio differat, cuius essentiale est scriptura, cuivis apertum est: maxime cum istud obtineat, ubi non ad accusationem privati, sed ex officio procedit magistratus. Obscurum autem est quod Treut. ait, hanc solennitatem addi in delicto flagranti: etenim citatus Reinhardus eam adhiberi ait in delictis, quæ manu & adhibita violentia perpetrantur.

Subscriptio.

Ab accusatore subscriptus.] Alterum hoc est speciale & proprium requisitum libelli accusatorij, ut accusator in crimen subscribat: quæ scilicet solennitas non in judiciis tantum publicis, sed in omni persequutione criminali desideratur *l. ultim. d. privat. delict. l. ultim. d. furt.* Et hanc inscriptionem sive subscriptionem olim quodammodo de forma libelli fuisse, dubium non est per *dict. l. vltim. d. furt. l.* 3. *Cod. qui accus. non poss. l.* 15. *Cod. d. accusat. l.* 3. §. 1. *&* 2. *& l.* 7. *D. eodem.* quo respexit Seneca de morte Claudij in f. ducit illum ad tribunal Æaci, is L. Cornel. quæ de sicariis lata est quærebat: postulat, nomen eius recipit, edit subscriptionem. Subscriptionem hanc etiam jure Canon. necessariam esse scribit Clar. §. *fin. quæstione* 12. *numer.* 18. ubi tamen refert & magis probat eorum opinionem, qui putant, nec jure civili omnino necessariam esse subscriptionem & essentialem, & si ea omissa processum fuerit in causa, nihilominus accusatorem calumniæ pœnas sustinere: Equidem olim apud Romanos, cum omnia in judiciis publi-

publicis quam solennissime & accuratissime agerentur & observarentur, rarum istum casum omissæ solennitatis huius fuisse oportet: sed ex hypothesi eiusmodi casus sententia illa à Clar. relata perspicuam & summam habet rationem. Etenim cum inscriptionis hic præcipue finis fuisse videatur, ut tanto certius & firmius accusatorem obstringeret calumniæ pœna, quod vel apparet ex *dict. l. ultim. d. furt.* ubi Ulpian. ideo requiri docet inscriptionem, quia placuerit temeritatem agentium coercere: utique omissa casu vel per errorem inscriptio, non debet calumniæ patrocinium præstare accusatori. Et cum quam plurima olim judiciorum publicorum solennia fuerint, quæ præter alios referuntur à *Brisson. lib. 2. antiquit. cap. 1. Thoma Dempstero in antiquit. Roman. lib. 9. cap. 12. & multis seqq.* unius fortassis omissio totum processum non videtur nullum facere potuisse.

Conclusio quoque generalis.] Imo vulgo recte traditur, quod libellus in criminalibus etiam sine conclusione procedat: quod apparet ex jam dictis autoribus, qui hanc formulam fuisse docent: ajo te V. C. Siculos spoliasse, hoc vel illud fecisse: & docetur ex formula proposita *l. 3. in princip. d. accusat.* in qua nulla est conclusio: etenim irrogatio pœnæ ex legibus arbitrio magistratuum temperaris descendit.

Qui modus & hodie.] Præmissa, & nominatim inscriptionem hodieque in usu esse affirmat, & Dd. diversum sentientes improbat: quorum hanc communissimam opinionem, quod inscriptio hodie non sit in usu, refert *Clar. quæst. 12.* & attestantur *Damhuder. capit. 5. Wesembec. in paratitl. dict. accusat. numer. 12.* neque inscriptionem ullibi in constitutione Carolina exigi & requiri deprehendo.

Imo & custodiæ similitudo.] De hac textus est *in l. ult. C. de accusat.* & ea procul dubio hunc finem habuit, ut deprehensa accusatoris calumnia, condigna in eum pœna, & quæ reum victum manebat statueretur. Ideoque male huic comparatur custodia accusatoris quem requirit constitutio Carolina *artic. 12.* ad tempus scilicet & interim dum accusator caveat de expensis & iniuriæ nomine quam fecit reo: & quidem ita caveat, non super criminali persecutione calumniæ, super qua nec cautio admittitur, sed tantum quoad persecutionem civilem, ut expressum est in consti-

tutione Carolina *art*.12. Cui tanto magis consequens est, ex constitutione Carolina non requiri inscriptionem, quæ ad talionem aut certe extraordinariam pœnam collimat, non ad civilem tantū persecutionem, quæ hodie pene sola superesse videtur: notantibus hoc etiam, *Dambud.c.*5.*Clar.*§.*fin.q.*81.*inf.* ubi hanc rationem reddunt, quod alias propter periculum talionis multi abstinerent accusationibus, & ita delicta manerent impunita. Sed enim vero, nō hoc tantū sed etiam istud cōsiderandum est, ne homines impunitate proposita ad temerarias accusationes & calumniosas provocentur. Et tamē Clar. citato loc. ex causa, ob qualitatem calumniæ, etiam criminaliter quin & capitaliter animadverti posse ostendit. Fortassis Carolus ideo simplicem tantum fideiussionem admisit, quoniam in *artic.præced.*11. constituerat, non esse audiendum accusatorem, nisi prius urgentibus indiciis quasi justitiam accusationis suæ ostendisset. Et secundum hæc verum non videtur quod Wesemb. ait *in paratitl.d. accusat. num.* 12. similitudinem supplicij etiam hodie manere accusatores: nisi hoc ad casus singulares gravioris calumniæ officio judicis puniendæ referatur.

LIT. E.

Qui accusari pot.

Modo accusentur ij.] Affectat connexionem cum præmissis: sed forte parum concinne ita dicitur: proceditur per libellum inscriptionis, cum inserto tempore & loco, modo accusentur ij &c. quasi vero aliqui aliter, quam præmissum est, accusari possint. Istud quoque vitiosum est, quod diversissimæ personæ, quæ et diversis plane causis, & à certis personis sub certo modo accusari prohibitæ sunt, sub hac lit. conjunguntur. Et à regula, quod quivis reus accusari possit, recte initio excipitur magistratus, videlicet major qui cum imperio est, juxta *l.*11.*d. accusat.* ubi tamen excipienda videntur delicta in officio admissa, & ea utique, quæ ipsam inficiunt administrationem, iuxta notata supra *p.*1. *disput.* 4.*thes.*6.*lit.B.* Minor procul dubio accusari potest, sed debet defendi per curatorem, quod & in civilibus causis obtinet: ideoque vitiosa videtur hæc exceptio. Eadem ratio est pupilli, si modo, quod addendum est, sit proximus pubertati, qui demum doli capax cum sit, criminum etiam reus fieri potest. In persona quoque domini vitiosa exceptio est: quia qualitas dominicit ne qua talis à servo accusari possit, extra crimen majestatis la-

Cod. de his qui accuſare, & hic tamen non tam accuſare quam deferre crimen dicitur: cæterum eadem ratione patronos & parentes ſub hanc claſſem referre potuiſſet. Abſentia tantum accidens eſt, & abſens inter reos receptus, peragi, ſed ab initio inter reos recipi non poteſt juxta notata *ſupra diſp. 26. d. except. th. 3. lit. G.* Vitioſa etiam videtur exceptio de reo abſoluto: quoniam hic ex præſumtione innocentiæ, cum ſemel cauſam dixerit, propter exceptionem rei iudicatæ eiuſdem criminis reus poſtulari nequit: videl. ſi abſolutus fuerit ab ipſo crimine, ſecus ſi tantum ab inſtantia & obſervatione judicij *l. 11. §. ult. d. accuſat. l. 3. §. 1. eod. Salicet. in l. 11. C. d. accuſat. n. 2.* Et tamen in priori etiam caſu ſunt exceptiones: ſi prior accuſator convictus fuerit prævaricationis *l. 11. C. d. accuſat.* & ſi poſterior dolorem ſuum perſequi velit, ſine cuius culpa alter accuſator prævertit, iuxta *l. 7. §. 2. d accuſat.*

L IT. F.

Sequitur qui non poſſint accuſare: quod docet per exempla & ſpecies, quæ diſtinctim proponuntur *in l. 8. & ſeqq. d. accuſat.* Liberti plane accuſare poſſunt, ſed non qua tales, videl. libertos ſuos: ideoque etiam ſervi qui non poſſunt accuſare dominos, ſub hanc claſſem referri potuiſſent.

Damnati vel notati propter crimen.] Quoniam hæc duo diſtinguit, neceſſum eſt notatos intelligi citra ſententiam ipſo jure: veluti deprehenſos in adulterio *l. 43. §. 12 d. rit. nupt.* (quod tamen tantum pertinere videtur ad fœminas, quæ alias propter ſexum accuſare nequeunt) qui lenocinium fecerunt *l. 4. d. accuſat.* & verbo criminis generalius ſumto, alij edicto prætoris notati. Et poſſūt adeo eſſe infames, non damnati: ſed damnati ob crimen omnes videntur eſſe infames, extra caſum ſingularem, quo propter pœnam graviorē inflictam, de exiſtimatione tranſactum intelligitur *l. 13. §. 7. de his qui not. infam.* de quo agitur *ſupra p. 1. diſp. 8. theſ. 2. lit. E.* Et omnino hoc videtur dicere velle Tr. quod infames non poſſint accuſare, per textum generalem *in l. 8. d. accuſ.* Sed obſtat ipſe à Treut. citatus textus *in l. 5. §. 1. d. public. iudic.* ubi JCtus conſtitutionem Impp. quæ damnatum accuſare prohibet, reſtringit ad eam damnationem, quæ libertatem vel civitatem tollit: adeoque ex aliis criminibus, ſalua civitate damnatus, & adeo regulariter infamis, accuſare poterit. Et videatur fortaſ-

ſis textus *in dict. l. 8. d. accuſat.* non tam eſſe generalis, quam indefinitus ut non omnes omnino infames prohibiti debeant cenſeri. Sed eſt textus generalior quod infames accuſare non poſſint *in l. criminis 15. Cod. d. his qui accuſar. non poſſ.* ibi, *ſi tibi exiſtimatio integra eſt.* Ideoque præter caſum quo quis ſuam ſuorumve iniuriam perſequitur, quo infames accuſare poſſunt, hic quoque excipiendus erit, quo quis prius ab alio accuſatus, & eius recriminatio vel reaccuſatio dilata fuit: ut videlicet hic etiam poſt damnationem accuſatorem ſuum rurſus accuſare poſſit, quod rectiſſime *ad dict. l. 5. Accurſ.* obſervavit: & facit, quod iam antequam infamis eſſet quodammodo accuſationem cœpiſſe videtur *arg. d. l. 5.* ſed & poteſt hic quodammodo inter eos qui dolorem ſuum ulciſcuntur, referri.

Quibus maius crimen obijcitur.] Non tam dicendum videtur quod hi accuſare non poſsint, quam quod horum accuſatio inſtituta interim differatur, dum de graviori crimine fuerit pronuntiatum per textus *in l. 1. & l. neganda. 19. Cod. qui accuſare non poſſ.* qui textus poſterior hoc probat à contrario ſenſu, quoniam dum negat licentiam obiiciendi crimen par vel minus, hoc ipſo facultatem obiiciendi crimen maius permittit. Neque ita eludere poteſt reus accuſationem contra ſe inſtitutam: quoniam oportet, ut ordinario more in crimen maius ſubſcribat & accuſationem inſtituat, excepturus poſtea pro eventu judicij prioris, accuſationē contra ſe movendam, licet prius in judicium fuerit deducta, ut apparet *ex dict. l. 1. Cod. qui accuſ. non poß.* ibi, *licet prior inſcriptionem depoſuiſti*: quoniam maius crimen, quod detegi & puniri magis intereſt reipub. prius etiam eſt exequendum. De paupere hoc notat *Clar. §. fin. quæſt. 14. num. 19.* eum admitti, ſi ſit honeſtæ vitæ & inculpatæ prorſus famæ: quod & olim ex cauſa factum fuiſſe crediderim: quia propter hoc ſolum excludi videtur pauper, quod periculum ſit, ne pecunia ſe corrumpi patiatur: quamvis ſane 50 aurei, de quibus *in l. 10. d. accuſat.* non ſint idonei ſatis ad tollendam illam ſuſpicionem.

Niſi ſuam ſuorumque.] Hæc exceptio generalis eſt, pertinens ad reaccuſantes, pauperes, infames, mulieres, qui ſcil. cum ad eos principaliter iniuria pertineat, merito audiendi ſunt. Vnde inferre debebat Treut. quod ſpurij ad vindicandam mortem ma-

tris, quæ ipsis vel maxime propinqua est, admittantur. Cæterum præsupponit hoc, quod spurij regulariter accusare non possint: & tamen non immerito dubitare liceat, cum spurii, licet aliqua macula notati, non tamen utique infames, de quibus loquitur *l.* 8. *d. accusat.* & cives sint, quomodo à jure accusandi prohiberi possint. Illud apud Treut. *mortemve propinquorum defendant*, superfluum est: quoniam qui hoc faciunt suam suorumque iniuriam persequuntur.

Minorem omnino prohibitum.] Cum hic non agatur de persecutione eius quod interest, sed exigenda vindicta, publico judicio, consensus curatoris, qui ipse pariter jus accusandi habet, frustra intervenire videtur. Et ut minor per se accuset, in crimen subscribat, ad talionis pœnam sese obliget, permittendum non videtur, cum huic ætati in quibuscunque causis soleat succurri. Leviter huc facit citata à *Treut. l.* 2. *Cod. de his qui legit. pers.* ubi fit mentio privati judicij: sed pene in terminis facit *l.* 4. *Cod. d. autor præst.* quæ docet speciales esse casus, quibus minores ad accusandum admittuntur, quibus videlicet, ut notant *glos. Salicet. & alij in dict. l.* 4. suam suorumque iniuriam persequuntur: quoniam cum horum in accusando semper potior debeat esse causa, quasi privati judicij instar hoc casu accusatio cui ideo curator adhibendus est, habere videtur. Etenim illud admitti non potest, ut contra proprietatem verborum criminales ibi actiones, de civilibus pœnalibus actionibus interpretemur. Minimè vero necessaria contra hanc sententiam consequentia educi potest *ex l.* 8. *in princ. dict. accusat.* ubi tantum fit mentio pupillorum: quo argumento quod adducit *Cuiac.* 17. *observatione* 30. jam olim Azonem usum fuisse refert *Salicet. in dict. l.* 4. *num.* 2. siquidem exempli loco tantum *in dict. l.* 8. pupilli mentionem fieri intelligendum est: & si exactissima illa debet haberi *in dict. l.* 8. enumeratio, etiam furiosi & prodigi &c. referendi inter prohibitos fuissent. Sed & dici possit, ita prohibitum pupillum, ut nec suorum iniuriam persequi valeat, excepta morte patris vel avi *l.* 2. §. 1. *de accusat.* Alterius distinctionis ibidem meminit Salicet. inter minorem 20. annis & qui eos excessit: ut videlicet non ille, sed hic simpliciter jus accusandi habeat: pro qua distinctione adducitur *l. in testimonium* 20. *d. testib.* Sed scilicet longe facilius est ut minor in testem cite-

An filios post accus

tur judicio publico, quam ut ipſe accuſet: & adeo qui excluditur à teſtimonio dicendo, aut teſtimonium perhibere non tenetur, etiam & multo magis removendus erit à jure accuſandi. Cæterum *Clar. quæſt.* 14. *numer.* 7. jam dictam diſtinctionem ait communiter eſſe receptam, imo & hoc, ut minor ſimpliciter admittatur: (forte quia de conſuetudine accuſator non ita obſtringitur ut olim) quem neſcio quomodo pro ſe adducat Tr. non etiam hoc, quare Tr. minorem omnino prohibitũ dicat: ex quo ſi præcedentia conjungantur, quibus alios prohibitos, nihilominus accuſare poſſe conceſſit ſi ſuam ſuorumq; iniuriam perſequantur, falſam quis ſententiam effecerit, quod minor nec perſequendæ quidem ſuæ ſuorumvæ iniuriæ cauſa, queat accuſare. Poſſit alias verbum *omnino* ita explicari, ut neque maior 20. annis ad accuſandum admittatur, quæ poſt gloſ. eſt ſententia *Saliceti in dict. l.* 4. *Cod. d. autor. præſt.* & contra Clar. quem tamen pro ſe citat Treut. confirmatur, tum quod minor in jure noſtro ſignificat eum qui nondum egreſſus eſt annum 25. ut proinde *l.* 4. *Cod. d. autor. præſt.* de eiusmodi etiam minore ſit accipienda, tum ex *l. ſi maritus* 15. §. *L. Iulia* 6. *ad L. Iul. d. adult.* ubi cum propoſuiſſet JCtus, minorem non poſſe accuſare adulterij, ſtatim ſubiicit, minorem intelligi eum quoque, qui ingreſſus eſt annum 25. Cæterum ex hoc textu itidem non recte videtur ita concludere Cujac. quod ſi in ſpecie L. Julia prohibeatur minor 25. annis accuſare, in aliis criminibus hoc ipſi permiſſum intelligi debeat. Etenim *in d.* §. 6. etiam alij ſpecialiter prohibiti dicuntur, qui fortaſſis regulariter accuſare non potuerunt. Et hinc 2. nouum non eſt, ut lege aliqua ſpecialiter quid exprimatur, quod alias communi jure obtinet: veluti quę proponuntur ex L. Jul. de vi, de excluſione à teſtimonio *in l.* 3. §. 5. *d. teſtib.* ſi non omnia, magnam certe partem cõmunia ſunt. 3. conſideranda præcipue eſt ratio L. Jul. propoſita *in d.* §. 6 *l.* 15. *d. adult.* quod nondum ſit minor robuſtæ ſatis ætatis, quod accuſanti non facile calumniæ pœna irrogetur: quæ ratio generalis eſt, & iniquum ſit aliquem criminis poſtulatum reſpondere cogi ei, quem ut de calumnia commiſſa poſtea puniatur, impetrare non poſſit: ceſſat autem iniquitas, & excuſat temeritatẽ juſtus dolor, ſi quis vindicandæ propriæ iniuriæ gratia ad accuſandum proſilierit. Et hæc ratio ſicuti generalis eſt, ita ex adverſo ratio ſpecialitatis, propter quam tantum

tum prohiberi debeat minor adulteros accusare, solida nulla dari posse videtur.

Non & filiumfam. sine consensu patris.] Opponit hac in re filiumfam. minori, & adeo hoc statuit, quod filiusfam. sine consensu patris possit accusare: ubi male pro diss. citat. *Clar.* qui *quæst.* 14. *num.* 5. refert quidem glossam id negantem, sed ipse contrariam opinionem & communiorem & in praxi receptam, neque immutandam ait. Et tamen textus à Treut. citati, non multum stringere videntur: & ex *l.* 5. *Cod. ad L. Cornel. d. fals. l.* 11. *§.* 1. *d. accus.* hoc probatur, quod liberi & cum patre scilicet quoad castrensia, & cum matre simpliciter, civiliter experiri, sed crimen ijs intentare non possint. Et videtur quidem inde colligi quod alios non parentes possint accusare. Verum à vindicatione iniuriæ propriæ, de qua dd. textibus tractatur, non recte infertur ad jus liberum quosvis accusandi, multo minus ad jus accusandi sine consensu patris, qui consensus ridicule desideraretur, ubi pater ipse deliquit. Minus facit *l. nona, de his qui sunt sui iuris*, quoniam accusare publicum munus non est, cujus gratia filiusfam. pro patrefam. debeat haberi: ut potius hoc argumentum liceat retorquere, quod in quibus casibus pro patrefam. non est, in judicio filius versari non posit: quamvis hic sit ratio diversitatis inter causas criminales & civiles; super quibus extra castrensia vel quasi, cum patri actio quæsita sit, ipse filius judicio experiri non potest: quæ ratio in persecutione criminum cessat. Et tamen si potestatem patriam ex jure antiquo consideramus, non videtur permissum filio sine consensu patris alij periculum capitis creare, & quod magis est, ad pœnam talionis etiam capitalem se obligare: sed cum hodie vix umbra patriæ potestatis supersit facile admiserim sententiam Tr. De illo ne dubitari quidem potest, quin filiusfam. ob delictum posit accusari.

An filius possit accusare

Plures accusare possunt unum.] Illud initio constat, non posse unum accusari à pluribus, diversis exhibitis libellis, & à singulis, ut ita dicam, in solidum: siquidem jam semel delatum ab uno alius super eod. crimine deferre & accusare non potest *l. hi tamen.* 11. *d. accusat. l.* 9. *C. eod.* Sed illud quæritur, an plures coniunctim uno edito inscriptionis libello aliquem accusare posint. Et regulariter

Plures accusare pot.

riter unum tantum admitti, & ex pluribus accusare volentibus unum eligi debere, docet *l. si plures. 16. d. accusat.* quod tum propter processus rationem, inscriptiones & quia in publicis judiciis publicam vindictam persequimnr, receptum videtur: cæteroquin in causis civilibus cum iniuria pluribus interesse suum persequentibus actio negaretur: quo pertinet *l. 3. §. si ad plures. 9. d. sepulchr. viol.* quoniam ex illa populari actione pœna actoribus applicatur: ut nihil hic textus faciat pro opinione *Duar. 1 disput. 39.* ubi etiam hoc errat, quod in eiusmodi terminis singulis actoribus in solidum pœnam præstandam ait. Sed obstare hic videtur *l. 4. C. de accus.* ubi plures accusatores proponuntur. Varie responderi solet ut videre est apud *glos. & Salicet. in dict. l. 4.* Et 1. quod numerus pluralis resolvatur in singularem, quod probat Cyn. ibid. quoniam Impp. in uniuersum quid hac in re obtineat, rescribunt: neque principalis illius loci quæstio est, an plures possint accusare, sed hæc, an sententia, qua reus sine contumacia absentibus actoribus, absolutus fuit, subsistat. 2. quod in specie *d. l. 4.* contra plures accusatores nihil fuerit exceptum, quod probat Bartol. Sed rectius & 3. Salicet. refert *dict. l. 4.* ad casum quo plurium interest ratione vel communis officij, vel communis iniuriæ pluribus illatæ, veluti si servus plurium occisus proponatur: in quibus terminis plures admitti ratio suadet: & proinde fallitur Duar. qui hoc à se primo singulariter defensum esse scribit.

De Procuratore.

Olim accusatio.] Ait olim accusationem non fuisse factam per procuratorem: & reddit rationem, quod accusator per inscriptionem ad pœnam talionis se obligare necesse habebat. Sed & si citra inscriptionem pœnam calumniæ arbitrariam accusatori irrogandam dicimus, eadem ratio manet excludendi procuratores: quoniam nemo alieno nomine ad pœnam corporis se obligare potest, ut & notatum supra *disputat. 26. d. except. thes. 3. lit. F* ut mirari liceat eorum judicium, qui hodie sublata inscribendi necessitate, procuratori locum esse putant, neque eandem rationem durare animadvertunt, ex hypothesi pœnæ corporalis: quod si enim pœnam calumniæ merè pecuniariam esse præsupponas, nec inscriptio quidem impediet admitti procuratorem. Sed in publicis judicijs hæc amplius ratio est, quod cuivis jus accusandi competit, nec in ijs de privato cuiusquam interesse tractatur: pro

cura-

curator autem alienam causam & negotium tractat *l.1 in princip. d. procurat.* Porro Treut. non videtur sibi satis convenire, dum hic causam removendi procuratoris petit ab inscriptionis necessitate, eaque gratia olim ita obtinuisse tradit, & tamen lit. D. etiam hodie inscriptiones observari affirmat: secundum quod, si recta ratio est qua hic utitur, nec hodie procurator poterit intervenire. Sed fortassis ut secus esse putaret Treut. motus fuit *artic.12. constitut. Carolinæ*, ibi, der Anklager oder sein Gewalthaber. Sed crediderim textum illum vel de eo qui suam suorumve iniuriam proprio quasi jure persequitur, vel potius qui ipse initio coram se accusatorem professus est, accipiendum esse: à quo scilicet aliquis constitui possit, qui instar cuiusdam procuratoris, non verus procurator, sed potius tanquam minister quidam in judicio compareat, & negotium tractet.

THESIS VI.

LIT. A.

Tradit initio, quod accusationes fiant contra reum præsentem & absentem. Atquin dixit ipse thes. præced. lit. E. non posse accusari absentem: cum quo rursus convenire non videtur, quod traditur supra *disputatione 26. d. thes. 3. lit.* F. si crimen non capitale publico judicio tractandum veniat, absentem per procuratorem defendi posse, etiamsi litis contestatio facta non fuerit. Plane regulare est, ut absens non accusetur, sed ille juxta h. thes. ab ipso Treut. tractata sit annotandus & bone obsignanda, qui actus nec accusationis nec inquisitionis appellatione venire possunt.

Illo casu.] Ait absentem intra annum comparere juberi. Sed nimirum terminus anni à lege est, neque necessum, ut hoc inseratur citationi, qua satis est simpliciter eum se sistere juberi.

Non tamen die festo.] Quæstio hinc aliena est, an citatio die feriato fieri possit, apparet enim ex citatis autoribus, quod quæstio hæc in thesi tractetur. Et quæritur de duobus, videlicet de citatione decernenda, & ea insinuanda: quod utrumque die feriato fieri posse affirmat *Geil. 1. observatione 53. num. 5. & 6.* & posterius confirmatum est supra *part. 1. disputatione 4. thes. 4. lit.* C. adeo

bello accusatorio tempus & locus criminis commissi exprimenda sunt, ut post Dd. notat *Clar.* § *fin. q.* 31. *nu.* 11. ubi plenius de libello inquisitorio tractat.

LIT. G.

Magistratui relata. Subiicit in exegesi, *modo competenti.* Quæ verba ad formam & rationem referendi pertinere videri possint: sed apparet ex cit. *Marant. part. 6. in princ. num.* 102. *modò* sumi hic hic aduerbialiter, quod necessum sit ut magistratus sit competens. Verum istud nec huc pertinet, & ex se apertum est, & iam satis traditum *th. praced. lit.* G. & H.

An igitur inquisitio.] Quærit Treut. an inquisitio contra usurarium ab ullo judice criminaliter fieri possit. Sed ista quæstio nihil cum eo quod de competenti magistratu præmissum erat, commune habere videtur: neque responsio vel sententia Treut. eiusque ratio dependet ab incompetentia judicis, sed à qualitate admissi, quod, videlicet exercitium fœnebre, Treut. publicum judicium esse negat, & *supra disputat.* 3. *thes.* 5. *lit.* F. crimen illud extra ordinem tantum coerceri posse statuit: ubi etiam quorundam sententiam retulimus, quod plane usurarius criminaliter non teneatur: quam opinionem à Treut. sibi contrario hic defendi apertum est, tum ex allegatis autoribus, tum quod simpliciter negat criminaliter contra usurarium procedi posse. Et tamen illa adjectio, criminaliter, nulla & superflua est: quoniam omnis processus inquisitorius, de quo hic tractatur, criminalis est. Nec dissimiliter supervacue & quasi per ambages multis verbis, quin & subobscure responsionem suam proponere videtur, cum appareat, simplicem eius esse hanc sententiam, quod nec Canon. nec civili jure contra usurarium per inquisitionem possit procedi. Sed videtur responsione sua simul proponere & decidere voluisse quæstionem, an cognitio super usuris pertineat ad forum seculare an ad Ecclesiasticum: de quo aliquid dictum *supra d. disputatione* 3. *thes.* 5. *lit. f.* quod ex quorundam sententia hoc crimen usurarum sit fori mixti; licet à pluribus & communius prorsus Ecclesiastici fori statuatur: quod sequitur *Maranta part. 6. rubric. d. inquisit. num.* 108. & *sequent.* Ex quo videatur colligi posse iniquitas clericorum, qui causas quas fecerunt Ecclesiasticas, licet laicos concernant, ad forum suum trahunt, & simul causas seculares

culares

culares quæ concernunt clericos, in foro suo tractari volunt. Cæterum ut rem ipsam & principalem quæstionem tractemus, non absurde defendi possit, quod contra vsurarios tanquam ex crimine stellionatus etiam jure civili liceat experiri criminaliter. Cui sententiæ inepte obiicitur à Marant. quod jure civili permissæ sint vsuræ. Etenim in hac quæstione aliter usurarius ex jure Canon. aliter ex jure civili definiendus est: & ex illo usurarius est, quisquis sub quacunq; quantitate accipit usuras: ex hoc autem usurarius, qui quidem pro delinquente haberi debeat, is est, qui ultra modũ legibus permissum & ita illicitum & improbum fœnus exercet, quem notari infamia rescriptum est *in l.improbum.20.Cod. d.his qui not.infam.* Ex quo etiam claudicat altera ratio Marant. quod istud crimen sit fori Ecclesiastici: quoniam isto etiam admisso, poterit vindicari jure civili, quatenus usurarius talis peccat contra constitutiones. Nulla etiam ratio est, quam licet ex sententia aliorum proponit *Marant.cit.loc.num.*111. quod usuræ solvantur consensu debitoris: vel quia non sufficit hic consensus ad excusandum creditorem, qui contra leges stipulatur & accipit usuras: vel quia jura præsumunt consensum non verum & liberum, sed extortum potius: siquidem miseri debitores pecuniæ indigi nihil non promittere dicuntur: & hanc sententiam, quod etiam jure civili usurarius possit puniri criminaliter, probat etiam *Clar.in §.usura.n.6.*

Quod ad jus Canon. attinet apparet ex *Marant.num.*111.*& sequent.* qui pro diss. hic citatur, existimare Treut. quod nec isto jure criminaliter conveniri possit usurarius: cuius rei fundamentum ponit Treut. *in cap.5. d. usur.* idque ita inducitur à Marant. quod tantum ibi proponatur pœna, ut arceantur usurarij à communione altaris & Ecclesiastica sepultura, & insuper si usurarij pauperes sint, nulla illis dicitur pœna irroganda. Vnde apparet nec jam dictas quidem pœnas simpliciter, sed in casum & eventum contumaciæ imponi, si usuras improbe acceptas, pro salute animæ restituere nolint: cæteroquin non excusaret paupertas, quin nec simplex restitutio sufficeret, si usurarum exercitio pro crimine haberetur: cum & vulgatum sit, eum qui non habet in ære, luere in corpore, & illud utique certum, quod criminosus simplici restitutione rei non defungatur, & ex cujuscunque criminis causa.

prætor actionem rei persecutoriam, actio quoque pœnalis aut extraordinaria persecutio concedatur. Et utcunque pœnas illas privationis sepulturæ & altaris grauissimas esse admittamus, cum tamen sub conditione contumaciæ irrogentur, & facta restitutione, aut ubi ea fieri non potest, cessent, non possunt pro criminalibus pœnis haberi. Sed tamen ex aduerso facit *capit. cum in diœcesi 15. d. usur.* ex quo manifestò satis arguitur, usurarium posse accusari: ex quo & aliis textibus, supplendum erit, quod deest c. 5. & hoc sc. accipiendum de pœnis Lateranensi concilio in specie indictis ad eum effectum, ut restitutio iniuste acceptorum, ab usurariis extorqueatur: non autem inde ad exclusionem aliarum pœnarum concludendum est. Et quo jure aliquod admissum crimen est, velut crimen usuræ *in cap. 3. & 4. d. usur.* appellatur, eo jure criminaliter etiam poterit vindicari: maxime cum *in dict. cap 4.* dicatur, quod utriusque testamenti tabulæ usuras detestentur; quod autem fit contra leges Dei & canonicas sanctiones, quin pro crimine habendum sit, dubitari non debet. Et ergo statuemus contra Treut. quod jure Canon. in usurarios criminaliter animaduerti possit: cum *Marant. sæpe d. loc. n. 111. usque ad n. 126.*

Iniu privalis delictis obtineat inquisitio.

Imo nec per inquisitionem.] Sententiæ huius, quod in privatis criminibus per inquisitionem procedi non possit, solida hæc ratio videtur: quod iuxta notata supra th. 1. hæc publicorum criminum proprietas est, ut ea per magistratum, & quia hunc latere possunt, per quemvis privatum in judicium deferri & ita vindicari possint: quibus adeo delictis si recte opponuntur privata, aliud in ijs obtinere consequitur. Et vero cujus criminis persecutio non nisi ei datur qui damnum passus est, quæ privatorum criminum est proprietas, eorum vindicta nec alij cuivis ex populo, eoque nec magistratui concedi debet: quoniam magistratus subit vicem accusatoris publici, & inquisitorius processus extraordinarius & subsidiarius est. Equidem ex aduerso facere videtur, quod omnis criminalis persecutio videatur sapere naturam cuiusdam accusationis publicæ, quæ cum ex quovis crimine etiam privato ad vindictam publicam institui possit, *l. ultim. d. privat. del. l. ultim. d. furt. l. ultim. d. iniur.* (cum etiam sublato ordine publicorum judiciorum de omnibus criminibus extra ordinem quæri cœperit *l. 8. de publi-*

public. iud. leg. 1. §. *ultim. leg. hodie. d. pœn.*) nihil impedire videtur quo minus ipsa respubl. per magistratum exigat hanc vindictam. Sed dicemus hanc electionem privato datam esse, utro modo experiri velit: cæteroquin stante iam dicta ratione non minus, imo etiam magis interveniente privato accusatore ex ratione juris nostri istam vindictam exigere liceret. Et plane, privata crimina eius naturæ sunt, ut non tantum actio rei persecutoria, pro resarciendo damno & eo quod interest, sed etiam pœnalis actio ad vindictam, ipsi privato qui damnum passus est, ita competat, ut altera per alteram consumatur, *ut notatum disputatione præced. thes.* 3. *lit.* C. Adeoque si jus inquirendi concederetur magistratui, non minus hoc modo, quam per accusationem, iniqua conditio inferretur damnum passo, quippe cui actio pœnalis præriperetur. Quæ faciunt, ut magis in sententiam Treut. inclinandum esse videatur. Sed in contrarium, quod etiam in criminibus privatis per inquisitionem procedi possit, hæc fere à *Gomez*, 3. *resolut.* 1. *numero decimo*, ubi eam communem Dd. opinionem asserit, afferuntur. 1. *l. congruit.* 13. *in princip. d. offic. præsid.* quæ in terminis inquisitionis etiam meminit furum. 2. *l. item, apud.* 15. §. *si quis.* 35. *d. iniur.* ubi dicitur prætorem non debere impunitam relinquere iniuriam servo illatam, si ipse dominus iniuriam exequi non possit. 3. *facit l.* 4. *Cod. d. sepulch. viol.* ex qua etiam ei cuius sepulchrum violatum non est, datur accusatio in decem pondo auri: crimen autem hoc sepulchri violati, lib. 47 D. inter extraordinaria, & ita inter privata refertur. Accedunt rationes generales, quod etiam per delicta privata turbatur quies & tranquillitas publica, cuius cura ad magistratum spectat: & *in l.* 6. *Cod. d. defens. civit.* & passim traditur, interesse reipubl. ne delicta maneant impunita: quæ utique regula recte etiam ad privata delicta refertur, quorum non pauca, quibusdam criminibus publicis sunt atrociora: veluti sollicitatio aliarum nuptiarum, iniuriæ reales, abigeatus, violatio sepulchri, cõcussio &c. Tentaverit quis fortassis (nam Marant. citatus sæpe d. loc. non num. 104. sed 204. nihil ad hæc reponit, quin nec ea movet, nec simpliciter sententiam Tr. probat, sed potius V C. in furto magno dissentit) pro Tr. ita respõdere: & 1. quod *l.* 13. *d. offic. præsid.* loquatur de inquisitione nõ speciali sed generali sup latrociniis aut fur-

tis grassantibus, & tamen latentibus, & quæ non nisi officio magistratus interveniente in publicum protrahi possint: in quem sc. finem intelligenda est fieri inquisitio, salua nihilominus privatis civili etiam persecutione: nisi fortassis nulli compareant, qui proprio nomine crimen persequantur. Qua limitatione, & cætera ferè, quæ scrupulum movere possunt, expediuntur: & præcipue textus *in dict. l. 15. §. 35. d. iniur.* in qua specie cum nec dominus nec servus agere possint, absurdum sit, libidinem & petulantiam alterius manere impunitam: quamvis etiam poni probabiliter possit, officium magistratus nobile, à domino vel etiam ab ipso servo fuisse imploratum. In *l. 4. Cod. d. sepulch. viol.* expresse ab Imp. quoad pœnam decem pondo auri, accusatio illa publica efficitur. Obiectio ultima jam expedita est: quia admittimus, à magistratu, si privatus jure suo non utatur, crimina eiusmodi vindicari posse. Et ex jure Can. ut notatum th. 1. communius creditur omnia delicta pro publicis haberi: quod hodie fere usus etjam observat, ut constituto fiscali omnes pene accusationes instituantur: quod ita practicari hodie refert *Gomez. d. lib. 3. resol. cap. 1. num. 10.*

LIT. H. I. K. & L.

Proponit hic alterum, quo interveniente & præcedente inquirat magistratus, videlicet denuntiationem: quam triplicem facit, officialis alicuius, partis offensæ & alterius tertij extranei. Sed quoad hos duos, denuntiatio non recte videtur opponi famæ, & tanquam diversus modus ab ea distingui. Neque enim sola horum denuntiatio citra famam præcedentem sufficere debet ad instituendum processum inquisitionis: quod suadetur tum textibus *in capit. 21. & 24. d. accusat.* tum hac ratione, quod his personis permissum est jus accusandi, sub periculo calumniæ & talionis, quod alias quivis clandestina delatione cuperet evitare: & ita in terminis *Clar. quæstione 10. numer. 11. in f.* negat citra diffamationem judicem procedere debere ad solam partis offensæ querelam. Alia ratio est V. C. Irenarchatum, qui ex officio crimina ad magistratum deferunt: quamvis nec his omnimodo hoc libere liceat & impune: siquidem ut Treut. ait lit. H. ab iis quoque denuntiatio in scriptis offerenda, & veritas probanda est, ne incurrant in pœnam: quod non obscure probari videtur ex *l. 1. Cod.*

d. cu-

d. curios. lib.12.& ex l.6.§.3. ad SCtum. Turpill. ubi dicitur quod nuntiatores, qui per notoria indicia produnt, notoriis suis adsistere jubeantur: ubi notoria *Cuiac.1. observatione 33.* explicat de elogiis, quæ Irenarchæ adscribebant ijs quorum crimina deferebant: & ante eum Budæus notoria interpretatur, indicia delatorum: in notis *ad dict.l.6.* ubi idem Bud. recte videtur emendare *l. ea quæ, 7. Cod. d. accusat.* hoc modo: *verum falsis nec ne notoriis insimulatus sit &c.* Et ergo ut recte docet Bud. sententia hæc est *dict.l.6.§.3. ad Turpill.* nuntiatores qui reos deferunt per notoria, esse quidem extra calumniæ periculum, assistere tamen debere suis notoriis, & tueri ea quæ detulerunt, dum de crimine cognoscitur. Et hactenus admittitur quod Treut. ait, veritatem denuntiationis ab Irenarchis esse probandam. Illud autem plus cautionis requirere videtur, quod in eventum si non probaverint, pœnam eos manere addit: quoniam hoc tantum verum est, si mala fide per calumniam vera pro falsis retulerint *l. 6. in f. d. custod. reor.* & adeo insontibus calumnias nexuerint *dict. l. 1. Cod. de curios.* cæteroquin si etiam per imprudentiam quid fecerint, non puniuntur, ut expressum est *in dict. l. 6. in f. d. custod. reor.* eoque facit, quod denunciant & deferunt citra solennia accusationis *l. 7. Cod. d. accusat.* adeoque citra inscriptionis necessitatem: quod rectissime notat *Robert. 1. recept. lect.25.* à quo si dissentit Treut. (citat autem eum pro dissentiente) & delatores hos eodem modo quo accusatores obligari & adstringi putat, procul dubio fallitur. Illud admitto, quod ad hujusmodi delationem magistratus etiam citra accusatorem procedere possit, (quippe cum huic fini denuntiatio fiat) & hoc tamen non temere, sed propenso judicio *argum. l. 7. & 14. Cod. d. accusat.* quæ ipsa videtur esse sententia Cujac. improbati à Treut. quoniam *1. obs. 33.* his ipsis verbis utitur, ut non temere etiam post denuntiationem citra accusatorem à magistratu contra delatum procedi posse existimet: utique enim negari non potest, quod jure nostro inquisitionis processus extraordinarius sit, de quo actum *th. præced. lit. E.*

Motu proprio à parte offensa.] Hanc in specie querelam appellat Treut. & multum ab accusatione differre ait, ex *Clar. quæst.10.* qui moribus hoc tribuit, ex quibus querela quasi in locum accusationis sit subrogata, & cum ea concurrat inquisitio. Verum ex Querela.

ratione juris nostri querela nihil prorsus cum accusatione commune habet, neque qui nude conqueritur apud magistratum ad libellum aliquem ordinarium, quem tamen ibi requirit Clar. obstringitur: sed reuera ista privata delatio, sine effectu est, & si sola sit, juxta paulo ante dicta, ad fundandum processum inquisitionis, non sufficit. Et *in l.8. C. de accusat.* quam Tr. citat, non dubito quin proponantur duo modi accusandi & accusationem introducendi: ut libellus vel rectà præsidi offeratur, vel apud acta querela deponatur: licet qualis illa ratio & modus deponendæ querelæ fuerit, non satis sit expeditum.

Delatio extranei.

Aut extraneo facta.] Hanc speciem denuntiationis iuri Can. acceptam refert Tr. in quo eum offendisse notatum est *th. praced. lit. C.* Utique nulla ratio est, cur hanc saltem extranei, non etiam partis offensæ denuntiationem ad jus Can. referamus: neq; apparet quæ inter utramq; hanc denuntiationem hac in re sit differentiæ ratio, quatenus utraque, ut in terminis denuntiationis subsistens consideratur. Nec dubito errare Tr. si, quod verba præ se ferunt, hanc tantum denuntiationem eximit à necessitate inscriptionis: à qua imò omnem denuntiationem jure permissam, immunem esse, dubitari non debet.

Ex notorietate delicti.] Hæc ex parte videtur pertinere sub lit. D. quia notorietas est quædam species famæ, non tamen omnis, veluti quæ descendit ex deprehensione in crimine flagrãti, quam tamen fama sequitur. Illud certum, quod reus nihilominus sit audiendus: quoniam exceptiones deprehensio non excludit, quæ exceptiones pro qualitate criminis mitigationem pœnæ, aliquando etiam absolutionem operari possunt.

THESIS III.

LIT A.B.C.D.

Requisita libelli.

Quæ his literis proponuntur, pertinent ad formam & requisita libelli accusatorij. Et sunt eius requisita vel communia cum aliis libellis, vel propria: & hæc fere duo, primo, ut inseratur locus & tempus delicti *l. 3. in pr. d. accusat.* quibus & aliis quæ ibi referuntur omissis, libellus pro nullo habetur, & rei nomen, salvo jure repetendi, aboletur *d.l.3. §.1.* Alia quæstio est de libello obscuro,

scuro, quam attingit Tr. lit. H. qui communi jure etiam in causis civilibus nullus perhiberi solet, si V.G. causam petendi inde non possit intelligere judex: quamvis hanc differentiam tradat *Geil.1. observ.62. inf.* quod in causis civilibus libellus obscurus parte non opponente sustineatur, si modo postea in processu declaretur: sed in criminalibus omnino sit nullus. Verum sunt obscuritatis gradus. & in exemplo ibi à Geil. allegato nimia generalitas manifestam ineptitudinem inducit. De nullitate autem ob non adiectum tempus aut locum agit Tr. lit. B. eamque ita comparatam esse tradit, ut nec opponente parte processus institutus sit ipso jure nullus, & omnino reus ab instantia absolvendus. Sed *Mynsing.2. obs.32.* interesse putat, an quod ita in libello deficit, confessione partis an per testes sit probatum: cuius differentiæ rationem hac in re non satis assequor. Fortassis simpliciter defendi possit, non vitiari processum, si parte nihil opponente, postea in progressu de tempore & loco doceatur: siquidem adiectio illa eò præcipue pertinere videtur, ut intra certos cancellos accusator constringatur, & reus exceptiones suas magis liquido deducere possit; & cum *in dict. l.3.* propter istum defectum nomen rei aboleri dicatur, in dubio omnis abolitio petente parte fieri intelligitur. Et tanto magis parte non excipiente sustinebitur processus, si in libello expressus sit locus indeterminatus, id est, ut loquitur *Clar. quæst. 12. num. 11.* non descriptus per cohærentias & confinia: quoniam hic defectus facile suppleri potest: eaque videtur verior contra Treut. Marantæ & Myns. sententia, in quam pene magis inclinat *Clar. d. loc. n. 11 & 12.* non recte adeo à Tr. citatus.

1 *Horam tamen & diem.*] Horam & diem, inquit Tr. invitus non nisi reo id petente apponet. Quod videri possit inconcinnius dici: quoniam utiq; accusator, quæ sententia Tr. est, reo petente invitus adjiciet diem, quod si autem reus non petit, nulla quæstio est. An autem hoc facere teneatur accusator, ex circumstantijs æstimādum & arbitrio judicis permittēdum videtur: in dubio autem magis contra Tr. cum *Maranta & Mynsf.2. observ.40.* hanc necessitatem actori imponendam non crediderim: vel quia facilis quoad diem lapsus est memoriæ, maxime si post aliquot annos agatur: vel quia quod de necessitate libelli non est juxta *l.3. d. accusat.* ad hoc nec petente reo accusator necessario adstringi posse videtur: cum

& jure

& jure metuere possit accusator, ne hinc à reo calumniandi quædam occasio captetur. Et prorsus iniquum quin absurdum sit, etiam horam teneri edere accusatorem, quæ cum die conjungitur *in dict. l. 3. de accus.* & de qua idem quod de die satis perspicue affirmat Treut. Sed & notanda hic videtur fallacia quædam. Quoniam si ponamus liquido diem ab actore edi posse, facile consenserim teneri id facere actorem: sed enim præsupponendum est, quod accusator liquido & secure diem indicare nequeat: ex quo porro concluditur, accusatorem invitum, ut horam vel diem libello apponat, arctari non posse.

Iure Saxonico.] Memini clamorem eiusmodi in terris Saxonicis fieri, sed post iam cognitam causam, supra reum iamiam condemnandum & carnifici tradendum: quo tempore reus solennitatis cuiusdam gratia coram judice accusari, & statim condemnari solet. Sed istud quantum à libello accusatorio differat, cuius essentiale est scriptura, cuivis apertum est: maxime cum istud obtineat, ubi non ad accusationem privati, sed ex officio procedit magistratus. Obscurum autem est quod Treut. ait, hanc solennitatem addi in delicto flagranti: etenim citatus Reinhardus eam adhiberi ait in delictis, quæ manu & adhibita violentia perpetrantur.

Subscriptio.

Ab accusatore subscriptus.] Alterum hoc est speciale & proprium requisitum libelli accusatorij, ut accusator in crimen subscribat: quæ scilicet solennitas non in judiciis tantum publicis, sed in omni persequutione criminali desideratur *l. ultim. d. privat. delict. l. ultim. d. furt.* Et hanc inscriptionem sive subscriptionem olim quodammodo de forma libelli fuisse, dubium non est per *dict. l. vltim. d. furt. l. 3. Cod. qui accus. non poss. l. 15. Cod. d. accusat l. 3. §. 1. & 2. & l. 7. D. eodem.* quo respexit Seneca de morte Claudij in f. ducit illum ad tribunal Æaci, is L. Cornel. quæ de sicariis lata est quærebat: postulat, nomen eius recipit, edit subscriptionem. Subscriptionem hanc etiam jure Canon. necessariam esse scribit Clar. *§. fin. quæstione* 12. *numer.* 18. ubi tamen refert & magis probat eorum opinionem, qui putant, nec jure civili omnino necessariam esse subscriptionem & essentialem, & si ea omissa processum fuerit in causa, nihilominus accusatorem calumniæ pœnis sustinere: Equidem olim apud Romanos, cum omnia in judiciis

publi-

publicis quam solennissime & accuratissime agerentur & observarentur, rarum istum casum omissæ solennitatis huius fuisse oportet: sed ex hypothesi eiusmodi casus sententia illa à Clar. relata perspicuam & summam habet rationem. Etenim cum inscriptionis hic præcipue finis fuisse videatur, ut tanto certius & firmius accusatorem obstringeret calumniæ pœna, quod vel apparet ex *dict. l. ult. in d. furt.* ubi Ulpian. ideo requiri docet inscriptionem, quia placuerit temeritatem agentium coercere: utique omissa casu vel per errorem inscriptio, non debet calumniæ patrocinium præstare accusatori. Et cum quam plurima olim judiciorum publicorum solennia fuerint, quæ præter alios referuntur à *Brisson. lib. 2. antiquit. cap. 1. Thoma Dempstero in antiquit. Roman. lib. 9. cap. 12. & multis seqq.* unius fortassis omissio totum processum non videtur nullum facere potuisse.

Conclusio quoque generalis.] Imo vulgo recte traditur, quod libellus in criminalibus etiam sine conclusione procedat: quod apparet ex jam dictis autoribus, qui hanc formulam fuisse docent: ajo te V. C. Siculos spoliasse, hoc vel illud fecisse: & docetur ex formula proposita *l. 3. in princip. d. accusat.* in qua nulla est conclusio: etenim irrogatio pœnæ ex legibus arbitrio magistratuum temperaris descendit.

Qui modus & hodie.] Præmissa, & nominatim inscriptionem hodieque in usu esse affirmat, & Dd. diversum sentientes improbat: quorum hanc communissimam opinionem, quod inscriptio hodie non sit in usu, refert *Clar. quæst.* 12. & attestantur *Damhuder. capit.* 5. *Wesembec. in paratitl. dict. accusat. numer.* 12. neque inscriptionem ullibi in constitutione Carolina exigi & requiri deprehendo.

Imo & custodiæ similitudo.] De hac textus est *in l. ult. C. de accusat.* & ea procul dubio hunc finem habuit, ut deprehensa accusatoris calumnia, condigna in eum pœna, & quæ reum victum manebat statueretur. Ideoque male huic comparatur custodia accusatoris quem requirit constitutio Carolina *artic.* 12. ad tempus scilicet & interim dum accusator caveat de expensis & iniuriæ nomine quam fecit reo: & quidem ita caveat, non super criminali persecutione calumniæ, super qua nec cautio admittitur, sed tantum quoad persecutionem civilem, ut expressum est in consti-

cutione Carolina *art.*12. Cui tanto magis consequens est, ex constitutione Carolina non requiri inscriptionem, quæ ad talionem aut certe extraordinariam pœnam collimat, non ad civilem tantū persecutionem, quæ hodie pene sola superesse videtur: notantibus hoc etiam, *Dambud.c.*5.*Clar.§.fin.q.*81.*in f.* ubi hanc rationem reddunt, quod alias propter periculum talionis multi abstinerent accusationibus, & ita delicta manerent impunita. Sed enim vero, nō hoc tantū sed etiam istud cōsiderandum est, ne homines impunitate proposita ad temerarias accusationes & calumniosas provocentur. Et tamē Clar. citato loc. ex causa, ob qualitatem calumniæ, etiam criminaliter quin & capitaliter animaduerti posse ostendit. Fortassis Carolus ideo simplicem tantum fideiussionem admisit, quoniam in *artic. præced.*11. constituerat, non esse audiendum accusatorem, nisi prius urgentibus indiciis quasi justitiam accusationis suæ ostendisset. Et secundum hæc verum non videtur quod Wesemb. ait *in paratitl. d. accusat. num.* 12. similitudinem supplicij etiam hodie manere accusatores: nisi hoc ad casus singulares gravioris calumniæ officio judicis puniendæ referatur.

LIT. E.

Quiaccusaripot.

Modo accusentur ij.] Affectat connexionem cum præmissis: sed forte parum concinne ita dicitur: proceditur per libellum inscriptionis, cum inserto tempore & loco, modo accusentur ij &c. quasi vero aliqui aliter, quam præmissum est, accusari possint. Istud quoque vitiosum est, quod diversissimæ personæ, quæ ex diversis plane causis, & à certis personis sub certo modo accusari prohibitæ sunt, sub hac lit. conjunguntur. Et à regula, quod quivis reus accusari possit, recte initio excipitur magistratus, videlicet major qui cum imperio est, juxta *l.*12.*d. accusat.* ubi tamen excipienda videntur delicta in officio admissa, & ea utique, quæ ipsam inficiunt administrationem, iuxta notata supra *p.*1. *disputat.* 4.*thes.*6.*lit.B.* Minor procul dubio accusari potest, sed debet defendi per curatorem, quod & in civilibus causis obtinet: ideoque vitiosa videtur hæc exceptio. Eadem ratio est pupilli, si modo, quod addendum est, sit proximus pubertati, qui demum doli capax cum sit, criminum etiam reus fieri potest. In persona quoque domini vitiosa exceptio est: quia qualitas domini facit ne qua talis à servo accusari possit, extra crimen majestatis *l.*10.

Cod.

Cod. de his qui accusare, & hic tamen non tam accusare quam deferre crimen dicitur: cæterum eadem ratione patronos & parentes sub hanc classem referre potuisset. Absentia tantum accidens est, & absens inter reos receptus, peragi, sed ab initio inter reos recipi non potest juxta notata *supra disp. 26. d. except. th. 3. lit. G.* Vitiosa etiam videtur exceptio de reo absoluto: quoniam hic ex præsumtione innocentiæ, cum semel causam dixerit, propter exceptionem rei iudicatæ eiusdem criminis reus postulari nequit: videl. si absolutus fuerit ab ipso crimine, secus si tantum ab instantia & observatione judicij *l. 11. §. ult. d. accusat. l. 3. §. 1. eod. Salicet. in l. 11. C. d. accusat. n. 2.* Et tamen in priori etiam casu sunt exceptiones: si prior accusator convictus fuerit prævaricationis *l. 11. C. d. accusat.* & si posterior dolorem suum persequi velit, sine cuius culpa alter accusator prævertit, iuxta *l. 7. §. 2. d. accusat.*

LIT. F.

Sequitur qui non possint accusare: quod docet per exempla & species, quæ distinctim proponuntur *in l. 8. & seqq. d. accusat.* Liberti plane accusare possunt, sed non qua tales, videl. libertos suos: ideoque etiam servi qui non possunt accusare dominos, sub hanc classem referri potuissent.

Damnati vel notati propter crimen.] Quoniam hæc duo distinguit, necessum est notatos intelligi citra sententiam ipso jure: veluti deprehensos in adulterio *l. 43. §. 12 d. rit. nupt.* (quod tamen tantum pertinere videtur ad fœminas, quæ alias propter sexum accusare nequeunt) qui lenocinium fecerunt *l. 4. d. accusat.* & verbo criminis generalius sumto, alij edicto prætoris notati. Et possũt adeo esse infames, non damnati: sed damnati ob crimen omnes videntur esse infames, extra casum singularem, quo propter pœnam graviorẽ inflictam, de existimatione transactum intelligitur *l. 13. §. 7. de his qui not. infam.* de quo agitur *supra p. 1. disp. 8. thes. 2. lit. E.* Et omnino hoc videtur dicere velle Tr. quod infames non possint accusare, per textum generalem *in l. 8. d. accus.* Sed obstat ipse à Treut. citatus textus *in l. 5. §. 1. d. public. iudic.* ubi JCtus constitutionem Impp. quæ damnatum accusare prohibet, restringit ad eam damnationem, quæ libertatem vel civitatem tollit: adeoque ex aliis criminibus, salua civitate damnatus, & adeo regulariter infamis, accusare poterit. Et videatur fortas-

Iiiiiii 2

ſis textus *in dict.l.8.d. accuſat.* non tam eſſe generalis, quam indefinitus ut non omnes omnino infames prohibiti debeant cenſeri. Sed eſt textus generalior quod infames accuſare non poſſint *in l. criminis 15. Cod. d. his qui accuſar. non poſſ.* ibi, *ſi tibi exiſtimatio integra eſt.* Ideoque præter caſum quo quis ſuam ſuorumve iniuriam perſequitur, quo infames accuſare poſſunt, hic quoque excipiendus erit, quo quis prius ab alio accuſatus, & eius recriminatio vel reaccuſatio dilata fuit: ut videlicet hic etiam poſt damnationem accuſatorem ſuum rurſus accuſare poſſit, quod rectiſſime *ad dict.l.5. Accurſ.* obſervavit: & facit, quod iam antequam infamis eſſet quodammodo accuſationem cœpiſſe videtur *arg.d.l.5.* ſed & poteſt hic quodammodo inter eos qui dolorem ſuum ulciſcuntur, referri.

Quibus maius crimen obijcitur.] Non tam dicendum videtur quod hi accuſare non poſsint, quam quod horum accuſatio instituta interim differatur, dum de graviori crimine fuerit pronuntiatum per textus *in l. 1. & l. neganda. 19. Cod. qui accuſare non poſſ.* qui textus poſterior hoc probat à contrario ſenſu, quoniam dum negat licentiam obiiciendi crimen par vel minus, hoc ipſo facultatem obiiciendi crimen maius permittit. Neque ita eludere poteſt reus accuſationem contra ſe inſtitutam: quoniam oportet, ut ordinario more in crimen maius ſubſcribat & accuſationem inſtituat, excepturus poſtea pro eventu judicij prioris, accuſationẽ contra ſe movendam, licet prius in judicium fuerit deducta, ut apparet *ex dict.l.1. Cod. qui accuſ.non poſſ.* ibi, *licet prior inſcriptionem depoſuiſti*: quoniam maius crimen, quod detegi & puniri magis intereſt reipub. prius etiam eſt exequendum. De paupere hoc notat *Clar. §.fin. quæſt.14. num.19.* eum admitti, ſi ſit honeſtæ vitæ & inculpatæ prorſus famæ: quod & olim ex cauſa factum fuiſſe crediderim: quia propter hoc ſolum excludi videtur pauper, quod periculum ſit, ne pecunia ſe corrumpi patiatur: quamvis ſane 50. aurei, de quibus *in l. 10. d. accuſat.* non ſint idonei ſatis ad tollendam illam ſuſpicionem.

Niſi ſuam ſuorumque.] Hæc exceptio generalis eſt, pertinens ad reaccuſantes, pauperes, infames, mulieres, qui ſcil. cum ad eos principaliter iniuria pertineat, merito audiendi ſunt. Vnde inferre debebat Treut. quod ſpurij ad vindicandam mortem ma-

tris,

tris, quæ ipsis vel maxime propinqua est, admittantur. Cæterum præsupponit hoc, quod spurij regulariter accusare non possint: & tamen non immerito dubitare liceat, cum spurii, licet aliqua macula notati, non tamen utique infames, de quibus loquitur *l.* 8. *d. accusat.* & cives sint, quomodo à jure accusandi prohiberi possint. Illud apud Treut. *mortemve propinquorum defendant*, superfluum est: quoniam qui hoc faciunt suam suorumque iniuriam persequuntur.

Minorem omnino prohibitum.] Cum hic non agatur de persecutione eius quod interest, sed exigenda vindicta, publico judicio, consensus curatoris, qui ipse pariter jus accusandi habet, frustra intervenire videtur. Et ut minor per se accuset, in crimen subscribat, ad talionis pœnam sese obliget, permittendum non videtur, cum huic ætati in quibuscunque causis soleat succurri. Leviter huc facit citata à *Treut. l.* 2. *Cod. de his qui legit. pers.* ubi fit mentio privati judicij: sed pene in terminis facit *l.* 4. *Cod. d. autor præst.* quæ docet speciales esse casus, quibus minores ad accusandum admittuntur, quibus videlicet, ut notant *glos. Salicet. & alij in dict. l.* 4. suam suorumque iniuriam persequuntur: quoniam cum horum in accusando semper potior debeat esse causa, quasi privati judicij instar hoc casu accusatio cui ideo curator adhibendus est, habere videtur. Etenim illud admitti non potest, ut contra proprietatem verborum criminales ibi actiones, de civilibus pœnalibus actionibus interpretemur. Minimè vero necessaria contra hanc sententiam consequentia educi potest *ex l.* 8. *in princ. dict. accusat.* ubi tantum fit mentio pupillorum: quo argumento quod adducit Cuiac. 17. *observatione* 30. jam olim Azonem usum fuisse refert *Salicet. in dict. l.* 4. *num.* 2. siquidem exempli loco tantum *in dict. l.* 8. pupilli mentionem fieri intelligendum est: & si exactissima illa debet haberi *in dict. l.* 8. enumeratio, etiam furiosi & prodigi &c. referendi inter prohibitos fuissent. Sed & dici possit, ita prohibitum pupillum, ut nec suorum iniuriam persequi valeat, excepta morte patris vel avi *l.* 2. §. 1. *de accusat.* Alterius distinctionis ibidem meminit Salicet. inter minorem 20. annis & qui eos excessit: ut videlicet non ille, sed hic simpliciter jus accusandi habeat: pro qua distinctione adducitur *l. in testimonium* 20. *d. testib.* Sed scilicet longe facilius est ut minor in testem cite-

An filios? post accus[illegible]

tur judicio publico, quam ut ipſe accuſet: & adeo qui excluditur à teſtimonio dicendo, aut teſtimonium perhibere non tenetur, etiam & multo magis removendus erit à jure accuſandi. Cæterum *Clar. quæſt.* 14. *numer.* 7. jam dictam diſtinctionem ait communiter eſſe receptam, imo & hoc, ut minor ſimpliciter admittatur: (forte quia de conſuetudine accuſator non ita obſtringitur ut olim) quem neſcio quomodo pro ſe adducat Tr. non etiam hoc, quare Tr. minorem omnino prohibitũ dicat: ex quo ſi præcedentia conjungantur, quibus alios prohibitos, nihilominus accuſare poſſe conceſſit ſi ſuam ſuorumq; iniuriam perſequantur, falſam quis ſententiam effecerit, quod minor nec perſequendæ quidem ſuæ ſuorumvæ iniuriæ cauſa, queat accuſare. Poſſit alias verbum *omnino* ita explicari, ut neque maior 20. annis ad accuſandum admittatur, quæ poſt gloſ. eſt ſententia *Saliceti in dict. l.* 4. *Cod. d. autor. præſt.* & contra Clar. quem tamen pro ſe citat Treut. confirmatur, tum quod minor in jure noſtro ſignificat eum qui nondum egreſſus eſt annum 25. ut proinde *l.* 4. *Cod. d. autor. præſt.* de eiusmodi etiam minore ſit accipienda, tum ex *l. ſi maritus* 15. §. *L. Iulia* 6. *ad L. Iul. d. adult.* ubi cum propoſuiſſet JCtus, minorem non poſſe accuſare adulterij, ſtatim ſubiicit, minorem intelligi eum quoque, qui ingreſſus eſt annum 25. Cæterum ex hoc textu itidem non recte videtur ita concludere Cujac. quod ſi in ſpecie L. Julia prohibeatur minor 25. annis accuſare, in aliis criminibus hoc ipſi permiſſum intelligi debeat. Etenim *in d.* §. 6. etiam alij ſpecialiter prohibiti dicuntur, qui fortaſſis regulariter accuſare non potuerunt. Et hinc 2. nouum non eſt, ut lege aliqua ſpecialiter quid exprimatur, quod alias communi jure obtinet: veluti quę proponuntur ex L. Jul. de vi, de excluſione à teſtimonio *in l.* 3. §. 5. *d. teſtib.* ſi non omnia, magnam certe partem cõmunia ſunt. 3. conſideranda præcipue eſt ratio L. Jul. propoſita *in d.* §. 6. *l.* 15. *d. adult.* quod nondum ſit minor robuſtæ ſatis ætatis, quod accuſanti non facile calumniæ pœna irrogetur: quæ ratio generalis eſt, & iniquum ſit aliquem criminis poſtulatum reſpondere cogi ei, quem ut de calumnia commiſſa poſtea puniatur, impetrare non poſſit: ceſſat autem iniquitas, & excuſat temeritatẽ juſtus dolor, ſi quis vindicandæ propriæ iniuriæ gratia ad accuſandum proſilierit. Et hæc ratio ſicuti generalis eſt, ita ex adverſo ratio ſpecialitatis, propter quam tantum

tum prohiberi debeat minor adulteros accusare, solida nulla dari posse videtur.

Non & filiumfam. sine consensu patris.] Opponit hac in re filiumfam. minori, & adeo hoc statuit, quod filiusfam. sine consensu patris possit accusare: ubi male pro diss. citat. *Clar.* qui *quæst.* 14. *num.* 5. refert quidem glossam id negantem, sed ipse contrariam opinionem & communiorem & in praxi receptam, neque immutandam ait. Et tamen textus à Treut. citati, non multum stringere videntur: & ex *l.* 5. *Cod. ad L. Cornel. d. fals. l.* 11. §. 1. *d. accus.* hoc probatur, quod liberi & cum patre scilicet quoad castrensia, & cum matre simpliciter, civiliter experiri, sed crimen ijs intentare non possint. Et videtur quidem inde colligi quod alios non parentes posint accusare. Verum à vindicatione iniuriæ propriæ, de qua dd. textibus tractatur, non recte infertur ad jus liberum quosvis accusandi, multo minus ad jus accusandi sine consensu patris, qui consensus ridicule desideraretur, ubi pater ipse deliquit. Minus facit *l. nona, de his qui sunt sui iuris*, quoniam accusare publicum munus non est, cujus gratia filiusfam. pro patrefam. debeat haberi: ut potius hoc argumentum liceat retorquere, quod in quibus casibus pro patrefam. non est, in judicio filius versari non posit: quamvis hic sit ratio diversitatis inter causas criminales & civiles; super quibus extra castrensia vel quasi, cum patri actio quæsita sit, ipse filius judicio experiri non potest: quæ ratio in persecutione criminum cessat. Et tamen si potestatem patriam ex jure antiquo consideramus, non videtur permissum filio sine consensu patris alij periculum capitis creare, & quod magis est, ad pœnam talionis etiam capitalem se obligare: sed cum hodie vix vmbra patriæ potestatis supersit facile admiserim sententiam Tr. De illo ne dubitari quidem potest, quin filiusfam. ob delictum posit accusari.

Plures accusare possunt unum.] Illud initio constat, non posse unum accusari à pluribus, diversis exhibitis libellis, & à singulis, ut ita dicam, in solidum: siquidem jam semel delatum ab uno alius super eod. crimine deferre & accusare non potest *l. hi tamen.* 11. *d. accusat. l.* 9. *C. eod.* Sed illud quæritur, an plures coniunctim uno edito inscriptionis libello aliquem accusare posint. Et regulariter

riter unum tantum admitti, & ex pluribus accuſare volentibus unum eligi debere, docet *l. ſi plures. 16. d. accuſat.* quod tum propter proceſſus rationem, inſcriptiones & quia in publicis judiciis publicam vindictam perſequimnr, receptum videtur: cæteroquin in cauſis civilibus cum iniuria pluribus intereſſe ſuum perſequentibus actio negaretur: quo pertinet *l. 3. §. ſi ad plures. 9. d. ſepulchr. viol.* quoniam ex illa populari actione pœna actoribus applicatur: ut nihil hic textus faciat pro opinione *Duar. 1. diſput. 39.* ubi etiam hoc errat, quod in eiuſmodi terminis ſingulis actoribus in ſolidum pœnam præſtandam ait. Sed obſtare hic videtur *l. 4. C. de accuſ.* ubi plures accuſatores proponuntur. Varie reſponderi ſolet ut videre eſt apud *gloſ. & Salicet. in dict. l. 4.* Et 1. quod numerus pluralis reſolvatur in ſingularem, quod probat Cyn. ibid. quoniam Impp. in uniuerſum quid hac in re obtineat, reſcribunt: neque principalis illius loci quæſtio eſt, an plures poſſint accuſare, ſed hæc, an ſententia, qua reus ſine contumacia abſentibus actoribus, abſolutus fuit, ſubſiſtat. 2. quod in ſpecie *d. l.* 4. contra plures accuſatores nihil fuerit exceptum, quod probat Bartol. Sed rectius & 3. Salicet. refert *dict. l.* 4. ad caſum quo plurium intereſt ratione vel communis officij, vel communis iniuriæ pluribus illatæ, veluti ſi ſervus plurium occiſus proponatur: in quibus terminis plures admitti ratio ſuadet: & proinde fallitur Duar. qui hoc à ſe primo ſingulariter defenſum eſſe ſcribit.

De Procuratore.

Olim accuſatio.] Ait olim accuſationem non fuiſſe factam per procuratorem: & reddit rationem, quod accuſator per inſcriptionem ad pœnam talionis ſe obligare neceſſe habebat. Sed & ſi citra inſcriptionem pœnam calumniæ arbitrariam accuſatori irrogandam dicimus, eadem ratio manet excludendi procuratores: quoniam nemo alieno nomine ad pœnam corporis ſe obligare poteſt, ut & notatum ſupra *diſputat. 26. d. except. theſ. 3. lit. F.* ut mirari liceat eorum judicium, qui hodie ſublata inſcribendi neceſſitate, procuratori locum eſſe putant, neque eandem rationem durare animadvertunt, ex hypotheſi pœnæ corporalis: quod ſi enim pœnam calumniæ merè pecuniariam eſſe præſupponas, nec inſcriptio quidem impediet admitti procuratorem. Sed in publicis judicijs hæc amplius ratio eſt, quod cuivis jus accuſandi competit, nec in ijs de privato cuiusquam intereſſe tractatur: pro

cura.

curator autem alienam causam & negotium tractat *l.1 in princip. d. procurat.* Porro Treut. non videtur sibi satis convenire, dum hic causam removendi procuratoris petit ab inscriptionis necessitate, eaque gratia olim ita obtinuisse tradit, & tamen lit. D. etiam hodie inscriptiones observari affirmat: secundum quod, si recta ratio est qua hic utitur, nec hodie procurator poterit intervenire. Sed fortassis ut secus esse putaret Treut. motus fuit *artic. 12. constitut. Carolinæ*, ibi, der Anklåger oder sein Gewalthaber. Sed crediderim textum illum vel de eo qui suam suorumve iniuriam proprio quasi jure persequitur, vel potius qui ipse initio coram se accusatorem professus est, accipiendum esse: à quo scilicet aliquis constitui possit, qui instar cuiusdam procuratoris, non verus procurator, sed potius tanquam minister quidam in judicio compareat, & negotium tractet.

THESIS VI.

LIT. A.

Tradit initio, quod accusationes fiant contra reum præsentem & absentem. Atquin dixit ipse thes. præced. lit. E. non posse accusari absentem: cum quo rursus convenire non videtur, quod traditur supra *disputatione 26. d. thes. 3. lit. F.* si crimen non capitale publico judicio tractandum veniat, absentem per procuratorem defendi posse, etiamsi litis contestatio facta non fuerit. Plane regulare est, ut absens non accusetur, sed ille juxta h. thes. ab ipso Treut. tractata sit annotandus & bona obsignanda, qui actus nec accusationis nec inquisitionis appellatione venire possunt.

Illo casu.] Ait absentem intra annum comparere juberi. Sed nimirum terminus anni à lege est, neque necessum, ut hoc inseratur citationi, qua satis est simpliciter eum se sistere juberi.

Non tamen die festo.] Quæstio hinc aliena est, an citatio die feriato fieri possit, apparet enim ex citatis autoribus, quod quæstio hæc in thesi tractetur. Et quæritur de duobus, videlicet de citatione decernenda, & ea insinuanda: quod utrumque die feriato fieri posse affirmat *Geil. 1. observatione 53. num. 5. & 6.* & posterius confirmatum est supra *part. 1. disputatione 4. thes. 4. lit. C.* adeo

ut etiam hoc, cum nullo modo insinuatio sit actus judicialis, die dominico fieri queat. Sed de priori non immerito quis dubitet: quia decernere citationem est actus judicis, à quo generalius loquendo judicium incipit *arg. §. ult. Inst. de pœn. temer. litigant.* neque idoneum satis pro opinione Geil. argumentum præbet, quod citatio etiam domi & de plano recte decernitur: quoniam hoc modo etiam alia quædam expediri poterant, ut notatum supra *d. p. 1. disp. 4. th. 1. lit. D.* quæ die feriato etiam expediri potuisse minime probabile est.

Is annus ex die citationis.] Quod annus ex die demum citationis computetur, probatur tum textu *in l. 1. §. 3. & l. 4. d. requir. reis*, tum manifesta ratione, quod alias reo injuria fieret, si antequam citatio in eius notitiam perveniret, bona à fisco perpetuo jure vindicarentur. Sed obstare videtur *l. 2. Cod. d. requir. reis*, quæ annum computat ab eo tempore, quo reus in judicio petitus fuit. Et *Vult. cap. 11. discept. scholast. inf. d. l. 2.* explicat de casu, quo cum præsenti litigari cœptum est: quæ sententia male videtur à Treut. improbari, & omnino non evertitur per textus à Treut. citatos *d. l. 1. §. 3. & l. 4. in princ. d. requir. reis*: quin evidenter inde confirmatur, quod citationis finis est, ut innotescat reo se annotatum & bona obsignata iri: idque est quod scribit *Salicet. in l. 1. Cod. d. requir. reis. num. 4.* annum hunc currere à tempore scientiæ, sive verè sive præsumtivè, veluti si absens per edictum citatus est: cessat autem hæc ratio ubi reus præsens criminis postulatus fuit. Possit alias *dict. l. 2.* commodissime ita explicari, ut reus in judicio postulatus dicatur, ita ut & eam postulationem citatio fuerit sequuta: quam explicationem omnino desiderant verba, *si adesse iudicio noluerit*: ex quibus colligitur, in notitiam rei rem deductam fuisse: cæterum ridiculum sit existimare, quod à tempore simplicis postulationis annus computetur. Illa jejuna quæstio est, quæ tractatur inter *Duaren. 1. disputatione octava*, & *Robert. 3. sentent. 8.* an etiam bona rei absentis dicantur annotari: quomodo paulo pinguius cum Dd. loqui nihil prohibet, dummodo res ipsa intelligatur: quod reus requirendus annotetur, bona autem describantur & obsignentur. Illud etiam certum, quod annotatio olim facta fuerit ante citationem, quæ contra iam notatum decernebatur: licet fortassis hunc ordinem non ita accu-

rate attenderint Dd. *Et Clar. in §. fin. quæstione* 44. ita loquitur, vt videatur existimare non posse fieri annotationem, nisi præcedente citatione: & tamen ibi non de annotando reo, sed de bonis annotandis tractatur, quorum ut Dd. loquuntur annotatio, aut potius obsignatio, non nisi prævia vel una citatione fieri posse videtur.

Bonorum aßignatio & hodie.] Ex constitutione Carolina *artic.* 206. & facit ratio obsignationis quam tradit *Vult. d. capite* 11. *in f.* ne quicquam ex bonis suis consequi possit reus, quo fuga ipsius instruatur, sed ut etiam hoc modo ad comparendum arctetur.

Et annotationem.] Ait se verissimum putare, quod annotationi sit locus, si capitis pœna veniat infligenda. Et ego verissimum puto quod nemo hac de re dubitet: & citatus pro diss. Geil. adeo non dubitat ut cit. loco *de arrestis imperij nu.* 5. *cap.* 1. tum demum annotationem admittat, ubi delictum gravius est & atrocius: post Clar. qui in terminis ita scribit *quæstione* 44. *num.* 2. ut fortassis Tr. addenda sit negatio, quod annotatio fieri possit etiamsi capitis pœna non sit infligenda. Sed ista sententia falsa futura sit: quoniam licet hic militare videatur dicta ratio, ne fuga rei instruatur: attamen ubi pœna levior & infra mortem vel naturalem vel civilem irroganda est, nec fugiturus præsumitur reus, sed potius compariturus, ut bona sua retineat. Sed vera & adæquata magis ratio istius annotationis pendere videtur à jure fisci qui damnati bona occupat: præsumitur autem reus intra annum non comparens, conscientia ductus non comparere: ut omnino statuendum sit, ex quibus criminibus non possunt confiscari bona, neque annotationem fieri posse. Et igitur aut falsam sententiam defendit Treut. aut in allegando Geil. lapsus est.

LIT. B.

Contra contumaciam nihilominus proceditur.] Proceditur videl. non intra annum, quod verba Treut. præ se ferre videantur, sed post annum: & hic tamen non vere proceditur contra personam rei, sed tantum bona confiscantur. Illud certum est, bona hodie non confiscari, de quo th. pen. unde recte videtur hic statuere Treut. quod etiam post annum reversus recuperet bona: quo-

niam eo purgante innocentiam, quem scilicet casum intelligit Tr., absurdum videatur bona relinqui proximis agnatis: sicut non minus absurdum sit, fiscum retinere bona contumacis, qui excluditur à bonis damnati.

Nostris etiam moribus.] Abundat verbum, *etiam*: quoniam ista ratio procedendi contra absentem eumq; ita condemnandi, juri nostro non convenit.

LIT. C.

Reus captus.] Ait reum captum custodiæ mandari, modo judex prius aliquo modo sit informatus. Hoc in processu inquisitionis perspicuum est, qui nisi præcedentibus indiciis & publica diffamatione, institui non potest, iuxta *not. thes.* 2. Sed verum non videtur in processu accusationis, ubi judex alio postulante, sine ullis etiam indiciis, rei nomen periculo accusatoris recipere tenetur. Et hic tamen etiam nō debet judex statim reum in carcerem conjicere, non propter defectum informationis, sed propter personæ vel criminis qualitatem: quamvis sane, si crimen alias per se forte notorium sit, difficilius judex reum fideiussoribus sit commissurus: de quo, an & quatenus in criminalibus admittantur fideiussores, actum est supra *disp.* 28. *th.* 3. *lit. A.*

Reus armis resistens.] Ait reum resistentem armis, licite occidi posse ab iis, qui eum capere debuerunt. Hoc admitti potest sub istis limitationibus. 1. si V.C. lictores certum & speciale de capiendo à magistratu habeant mandatum. 2 si capiendus armata manu resistat, & vim lectoribus paret: quo referri potest *l.* 4. *C. de his qui ad Eccles.* quæ loquitur de servo, qui armis hostiliter domino resistit. Sed quia in dubio credi potest reus capiendus armis resistere, non ut aliis noceat, sed ut se eripiat, facile arma depositurus, si evadere possit, adeoque pro aggressore haberi nequeat, ideo opus erit, 3. ut sit crimen atrox, & ad minimum capitale. Cæteroquin contemtus magistratus qui hic intervenit, non erit adæquatum delictum ad occisionem, 4. ut nulla alia ratione reus capi possit, sed omnimodo sit evasurus: idque maxime. 5. si ab evadente graviora mala sint metuenda: & denique ut capiendus de crimine sufficienter sit diffamatus. Extra has circumstantias si occidant officiales, extraordinaria pœna erunt coercendi: sed officij ipsorum erit rem referre ad magistratum, qui si extra

eisdem

easdem circumstantias capi aut occidi reum iubeat, nec ipse à culpa & pœna immunis erit. Exemplum huius rei extat apud Liv. lib. 4. ubi Servilius Hala magister equitum jussus ad dicendam causam vocare Spurium Melium affectatæ tyrannidis reum, cum sequi nollet Melius, & populum concitaret, eum occidit, hoc nomine à dictatore commendatus.

Ad Ecclesiam vero.] Citatus tit. Cod. *de his qui ad Eccles. confugiunt* : non probat quod facinorosi ad Ecclesias confugientes, securitate debeant gaudere : sed videntur textus loqui de privatis abducere volentibus debitores suos, aut aliàs sibi obnoxios, & sine armis in templa se conferentes : *argum. l. 3. §. pen. & ultim.* quin servi, liberti, ascriptitij, statim reddi jubentur *l. 4. & l. 6. §. pen.* Sed latius canones hoc produxisse videntur : & est textus generalis *in cap. definiuit.* 35. *caus.* 17. *quæstione* 4. & specialis de reis criminum, ut videtur *in cap. 9. ibid. & in cap. 6.* ubi tantum excipitur publicus latro : & teste Clar. *§. fin. quæstione* 30. *numer.* 8. *& nono*, communis opinio est canonistarum, quod tantum excludantur publici insessores viarum & proditorij homicidæ, ex insidiis & deliberato animo id perpetrantes: cæteri autem etiam dolosi homicidæ, fures, raptores, adulteri, privilegio illo gaudeant : quod quidem tantum abest, ut, quod Treut. existimare videtur, juri civili conveniat, ut potius huiusmodi scelerati ex terminis sacris detrahi, & pœnæ subiici jubeantur *Nov.* 17. *c.* 7. quod legi Dei consentaneum est, qua facinorosus homo etiam ab altari detrahi iubetur, & magistratus ei parcere prohibetur.

Sic & in alieno territorio.] Ait Treut. reum capi posse etiam in alieno territorio, si persecutio in proprio cœpta sit. Et pro hac opinione solet adduci textus *in l. capite* 25. *d. adulter.* ex qua maritus adulterum etiam in alienis ædibus deprehensum retinere, & eum qui evasit, reducere potest. Sed videtur hoc esse dissimile, quoniam non vigore alicuius iurisdictionis, sed sola autoritate legis marito hoc concessum est, ut contra ita retentum testes colligere possit : cæteroquin inde inferre liceret simpliciter, in alieno territorio repertum, ab alio magistratu capi posse. Et sane contrariam opinionem communem attestantur Clar. *§. fin. quæstione* 29. *in f.* Gomez. 3. *variar. resolut.* 9. *num.* 5. eiusque ratio duplex affertur à Bald. & Floriano *in l. sicuti.* 8. *§. Aristo.* 5. *si servit. vindic.*

1. quia nec liceat immittre pedem in alienum *d.* §. 5. deinde quod persequentes in alieno territorio incipiant esse privati, & expiret vis mandati alterius magistratus, siquidem mutato territorio mutetur potestas. Prior autem ratio ita stringit: quod non liceat quid immittere in alienum, ex quo damnum inferatur vicino, & alter sibi jus aliquod quærere & vindicare videatur: etenim & istud hic periculum, eaque suspicio subest, ne alter magistratus actum jurisdictionalem in præjudicium alterius exerceat: neque principium persecutionis videtur justificare posse actum ordinario jure illicitum, ut videlicet in alieno territorio quis capiatur. Plane quia publice interest delicta puniri, hactenus admitti potest quod Tr. tradit, ut captus ad excludendum jam dictum præjudicium, ad magistratum illius territorij deducatur: videl. si in agro & campis patentibus captus fuerit: quod si enim in urbem vel pagum se receperit, omnino magistratus loci interpellandus erit, ut reum vel tradat, vel ipse justitiam administret. Solet huc adduci, quod etiam privato debitorem fugientem detinere & ad magistratum deducere licet *l. ait prætor. 10. § si debitorem. 16. ubi Bart. quæ in fraud. cred.*

LIT. D.

Custodia traditur.] Iis videl. casibus quos notauimus supra *disp. 28. th. 3. lit. A.* quibus nec sibi, nam & hoc proponitur *in l. 1. d. custod. reor.* nec fideiussorib. rei cõ nittebantur. Porrò non militib. tantum iuxta *d. l. 1. l. 12. & 14. d. custod. reor.* custodiendos, sed etiam paganis aliquando reos traditos fuisse docet *d. l. 12. in f.* Sed & amplius quidam rei propter dignitatem in custodia libera erant, penes magistratus vel senatores, ut ostenditur *ex Salust. d. coniurat. Catilin. c. 47.* Senatus inquit, decrevit, ut Lentulus cæteriq; in liberis custodiis haberentur: itaq; Lentulus Publio Lentulo, Cethegus Quinto Cornificio, Statilius Cajo Cæsari &c. traduntur.

Reg carcerer effringens. [handwritten margin note]

Reus carceres effringens.] Eos qui effracto carcere evadunt, vel etiam alias dolo elabuntur facta conspiratione, capite puniendos esse docet *l. 1. in pr. d. effractor.* si videlicet absit negligentia custodis l. 1. quia aliquid ignoscendum est iis, qui occasione evadendi oblata usi sunt. Ratio reddi solet, tum quia effractio per se grave crimen est, ut proinde pœna exasperãda sit, iuxta *l. 3. d. custod. reor.* tum quia ita evadentes pro confessis aut convictis habentur, aut notat

Gem,

Gomez.3.var.resol.9.n.11. & ampliat hoc Tr. obtinere, etiamsi reus fuerit insons. Cuius rei ratio à quibusdam traditur, quod effringẽtes carcerem incidãt in crimen læsæ majestatis, *arg.l.4.inf.ad L.Iul. maiest.* quę causa videtur fuisse Wesemb. cur dictam *l.1.d.effract.* restringeret ad carceres supremi principis *in paratitl.d.effract.in pr.* Verum *d.l.* 4. de eo loquitur, qui reum in vincula coniectum emittit & confessum: quod insuper ad confessum crimẽ majestatis restringi possit, cum aliàs absurdum sit in quocũq; cõfesso hoc obtinere: vel ita explicari, quod cũ jus vindicandi crimina ad jura maiestatis pertineat, eum qui executioni subtrahit reum, in ipsum principem peccare videri. Sed & sicut muros & portas ita quoq; carceres bono publico ad continendos reos, introductos, principes metu supplicij adversus injurias munire voluisse videtur. Sed quicquid huius rei sit, sententia ista Tr. de insontibus etiam capitaliter puniendis, quam recte durã & humanam appellat *Gome.d c.9.n.11.* recipienda non videtur: pro qua probanda non facit *l.13.d.custod.reor.* ubi tantum dicitur amplius quid statuendum in eos qui carcerẽ effregerũt: & ergo insontes quoq; sed minimè capitaliter poterũt coerceri. Non probat enim *l.1.d. effract.* quoniam in dubio præsumitur quis nocens eius criminis ex cuius causa in carcerem cõiectus est, & quidẽ criminis atrocis: neq; enim ex levioribus criminibus in carcerẽ quis recipi solebat. Nõ probat etiã *l.13.§.5.d. re militar.* quę explicanda est ex *l.5.§.3.eod.* ubi dicitur quod ob secundã desertionem miles capite puniatur: quo pertinet *d.l.13.in pr.* quæ tradit eũ qui ex custodia evadit non habendũ pro desertore militiæ: & additur, eum qui carcere effracto evadit, capite puniẽdum esse, licet antea non fuerit desertor: ex quo minime effici potest, militem illum, licet non desertorem, ab alio crimine & scelere insontẽ fuisse. Præsumtio aũt delicti commissi quæ militat contra effringentem carceres, nihil nisi præsumptio est, & excluditur per probationem veritatis, quam non audiri, nimis fuerit durum & inhumanum. Porro impugnatur sententia Tr. quam nec à cit. Damhud. expressè probari reperio, hinc quoque, quod ex cõmuniori opinione qui iniuste carceratus est, licite effracto carcere effugere potest per tradita à *Mynsing. 6. observat. 98. Roland. à Vall. lib 1. cons. 7. numer. 47. Covarruv. 1. variar. resolut. 2. numer. 2.* Sed observanda hic fallacia homonymiæ: quoniam etiam re vera insons, de crimine

diffa-

diffamari, accusari & ita jure in carcerem condi potest: sicut ex adverso vere nocens ratione non observati processus, iniuste in carcerem coniectus dicetur: quod utrumque si concurrat, ut & processus non observatus & crimen ipsum falsum sit, existimaverim reum, qui liquido hoc ostendere paratus est, aut plane absolvendum, aut leviter puniendum esse: alterum autem si desit, graviori etiam pœnæ poterit esse locus. Præsumtio etenim pro magistratu est, & carcer quasi sanctus est, neque captivi est sibi jus dicere, & iniustitiæ arguere magistratum: ex quo dubiæ efficiuntur Dd. hac in re traditiones, & ex iis, quam post multos proponit *Covarruv. dict. loc.* licere iniuste capto vel damnato, ubi aliter periculum evadere non potest, etiam effractis carceribus, etiam occisis custodibus, impune erumpere. Et valde lubrica ratio est, quod magistratui inique agenti resistere liceat: etenim hoc plurimis eget cautionibus, de quibus alibi tractatur; & tanto cautius hic agendum, quod hæc quæstio vix in thesi, sed tantum in hypothesi tractatur, ut multa iniustitiam magistratus quam reus allegat excusare possint.

Qualiscunque sit carcer.] Sive summi principis, sive inferioris magistratus: ita enim distinguit *Wesembec. in paratitl. d. effract. in princip.* à Treut. improbatus: & siquidem indistincte effracti carceris, etiamsi captivus innocens fuerit, statuas pœnam capitalem, recte distinguit: cum nec in carcere principis istud simpliciter sit admittendum.

Si custodem læserit, occiderit.] In occisione certum est, in quavis læsione procul dubio falsum.

Carcer iure civili pœnæ loco.] Hoc non videtur recte probari ex *l. 3. d. custod. reor. l. 1. & 2. Cod. eodem*, ubi carcer nullo modo est pœna delicto irrogata, sed custodia rei, quem alia pœna manet: & tamen respective, quia tollit libertatem faciendi quod velis, non absurde suo modo cum pœna confertur. Istud autem quæri intelligendum est, an pro delicto aliquo carcer solus, & hoc solum, ut in carcere quis detineatur, tanquam pœnæ adæquata jure irrogari possit. Et puto veram esse sententiam, *Cuiacii 14. observatione 34. Geil. 1. observatione 26. numero 7.* quos male improbat Treut. 1. quod perpetui carceris pœna jure civili prohibita sit *l. 35. d. penult. l. 6. Cod. eodem*, ita ut eiusmodi sententia sit ipso jure

nulla

nulla *Delrio in l. transigere* 18. *Cod. d. transact. numer.* 45. & hoc ipse Treut. admittit. 2. quod etiam temporalis carcer regulariter & ordinarie non debeat imponi pro pœna delicti: quia repugnat finis & usus carceris, quem ratio ostendit, & disertissimis verbis proponit JCtus *in l. aut damnum.* 8. §. *solent.* 9. *d. pœn.* ad quem textum nulla solida responsio dari potest, sed ex eo quæcunque ex adverso obijci possunt removentur: quoniam traditur ibi, præsides non recte facere, si pro delicto pœnam carceris irrogent: sicuti & *in l.* 6. §. 2. *cum l.* 7. & 8. & *in l.* 28. *in princip.* & §. 1. & nusquam alibi inter pœnas delictorum carcer refertur. Nec obstat *d. l.* 28. §. *ita & in* 14. *d. pœn.* quæ recte explicatur de iis qui ad opus damnati sunt, & in custodia ut plurimum vinculis constricti pœnis suis funguntur, ut notat *Cuiac.* 6. *observatione* 36. quo etiam forte referri possint *l. SCto.* 38. *d. iniur. l.* 1. §. *ultim. d. aleator.* Licet enim vincula publica carcerem significent *in l.* 1. & *n. d. custod. reor.* attamen non necessum est ubique hanc esse significationem, sed etiam vincula sunt, quibus damnati in opus constringebantur. Nihil plane obstat *l. divus* 14. *d. offic. præsid.* ubi vincula revera pœna non sunt, quibus scilicet constringitur furiosus, ne sibi aut aliis exitio sit: quo etiam pertinet *l.* 9. §. 2. *ad L. Pompeiam d. parricid* Non obstat etiam *l. capitalium* 28. §. *ad statuas.* 7. *d pœnis*, in cuius specie apparet, vincula de facto & contra jus alicui iniecta fuisse. Non denique obstat *l.* 1. §. *penult. & ultim. d. fugitiv.* ubi interim fugitivi vinciuntur custodiæ causa, donec ad magistratum deducantur: quos adeo textus frustra adducit *Delrio ad d. l.* 18. *C. d. transact. n.* 45. & 46.

Quæ lit. E. traduntur de reo fideiussoribus committendo, satis explicata sunt *supra disputatione* 28. *thes.* 3. *lit. A.* ex quibus apparet falsum esse, quod hic ait Treut. non admitti fideiussorem, si pœna sit infligenda corporalis: etenim quod Treut. de cautione de sistendo loquatur, argumento est, quod mox subiungit, eum qui fideiussores dare non potest, permitti cautioni juratoriæ. Et hoc ipsum tamen minime verum, sed quia non habens in ære luere debet in corpore, in carcerem reus recipiendus erit.

THESIS V.

LIT A.

Indagatur rei veritas.] Negat indagari veritatem præsumtionibus. Sed hoc non ita simpliciter accipiendum est: quin imò omnia quam accuratissime perpendenda sunt: neque tantum de reo condemnando, sed etiam absolvendo, aut in re non satis liquida ex indiciis torturæ subjiciendo, & amplius de reo non tantum ordinaria pœna, sed etiam extraordinaria, coercendo tractatur. Ideoque hoc tantum admitti potest, quod ex præsumtionibus non debeat quis ad ordinariam delicti pœnam condemnari: sed non poterit admitti in pœna aliqua extraordinaria, multoque minus in tortura, ut patet ex iis quæ hac th. lit F. traduntur. Quin imo non desunt qui probabiliter statuunt, ex præsumtionibus urgentissimis, ordinariam, etiam capitis pœnam posse irrogari, ut notatum *supra disp. 4. th. 7. lit.* B.

LIT. B.

Ex sufficienti probatione.] Hoc tantum pertinet ad condemnandum in pœnam ordinariam, quia Tr. sufficientem probationem opponit præsumtionibus: quæ tamen videri possit petitio principij, quoniam aliquando ex præsumtionibus sufficiens probatio emergere potest.

Vel propria rei confeßione.] An confessio rei proprie probatio sit, tractatur *supra disp. 4. th. 1.* Cæterum non semper simplex confessio sufficit, *arg. l. 1. §. 23. d. quæst.* maxime si tormentis extorta sit *d. §. 23.* aut super tali delicto, cuius extet aliquod corpus, de quo cõstare ante omnia debet, ut ipse Tr. tractat *supr. th. 2. lit. B.*

LIT. C.

Per examen testium.] Examen hoc in criminalibus propter rei grauitatem ab ipso judice fieri debere receptum est, adhibitis sive assessoribus, siue, quia non omnis judex assessores habet, aliis idoneis personis: ut autem notarius necessario adhibeatur, nusquam proditum videtur. Ampliat autem illud Tr. etiamsi testes sint sub alieno territorio *Nov. 90. in f. auth. apud. C. d. fid. instr.* quibus locis Justin. vult, testes repræsentari apud judicem criminalem: quod in magistratibus diversis sub una repub. expeditam habet rationem; cæteroquin judex per literas subsidiales testes petet ad se

mitti

mitti: quod si negetur, à judice illius territorij examinati facient fidem.

Nisi commissarius sit principis.] Regula traditur, quod causę criminales delegari non possint, adeoq; nec poterit pars cognitionis illius, quæ pertinet ad examen testium. Excipiunt communius, *nisi sit commissarius principis*, à quo causam etiam criminalem & imperium merum subdelegari posse putant: cuius cõtrarium defendimus supr. *p.1.disp.3.th.6.lit.G.* & ita defendi quoq; poterit contra Tr. quod nec hic commissarius examen testium alij committere possit. Quin jure Can. de quo tantum videri possit loqui Tr. arg. textuũ cit. idem defẽdi posse, iam dicto loco ꝓbare conati sumus.

LIT. D.

Non reprobatorum.] Oportet quippe testes esse omni exceptione majores: de quo remittit lectorem ad *disp.5.* supra, ad quem eundem locum *th.8.lit.E.* remittimus, quod hic proponit Tr. an & quatenus mulieres jure Can. in civilibus vel criminalibus testes esse possint.

Cogi possunt testes.] Vulgo jactatur, quod veritatem celare sit peccatum mortale: & absq; hoc quoque manifestæ & summę rationis est, ut judex, quem de causa cognoscere oportet, testes huic fini productos, dictione mulctæ aliisq; legitimis remediis ad testimonium perhibendum veritati, cogere possit: idque textus à Tr. citati bene confirmant: & solet Clar. sæpe nullo judicio opiniones quasvis Dd. in medium afferre, quod & hic ei contigisse videtur *§.fin.q.24.n.21.* cæteroquin Duar. male citatum *1.disp.30.* dissentire non reperio.

LIT. E. & F.

Hæc alia probatione deficiente.] Tr. ita transitum facere voluit ad tractationem de tortura: sed imprudenter ita restrinxit confessionem rei, ad eam speciem, quæ exprimitur tormentis, cum utiq; certum sit, reum extra tormenta quoque confiteri posse, & huiusmodi confessioni plus tribuendum esse.

Ob indicia graviora.] Subijcit in exegesi in pr. lit. f. *etiam in enormi delicto.* Ubi ne efficiatur vitiosa ampliatio, verbum *etiam*, accipiendum est pro, ET, atque ita limitativè: ut intelligamus torturæ non nisi in criminibus atrocibus, ex quibus pœna mortis, vel naturalis vel civilis irrogatur, locum esse.

De tortura ꝗ ꝯsiderandis.

Cæterum de tortura & contra eam, quod ſit remedium lubricum & anceps, plenumque periculi, nec lege Dei probatum, multa diſputari poſſunt, quæ jam exequi non vacat. Caute certe hic agendum, nec temere huc deſcendendum: cum etiam prætor actus ex metu geſtos pro nullis habeat, utique reſcindat: & vix grauior ſit cruciatus, quam qui per tormenta & quæſtiones corpori infertur. Neque aliunde hoc defendi poſſe videtur, quam quod præcedentibus indiciis, ex confeſſione extorta intelliguntur plura indicia deprehendi poſſe contra reum: nam ut nudæ & ſimplici confeſſioni extortæ fides habeatur, ab omni ratione & jure naturæ gentiumque videtur eſſe alienum. Oportet itaque in re tanti momenti circumſpectum eſſe judicem, neque decernere torturam niſi ex urgentibus indiciis, & quæ plus quam ſemiplenam efficiant probationem: ſiquidem extra hos terminos, nec juramentum ſuppletorium in civilibus cauſis admittunt Dd. ut notatum ſupra *part.* 1. *diſputatione* 21. *theſ.* 10. & proinde recte ſtatui tur à Treut. non ſufficere ad torturam teſtem unicum: licet contra conſtituerit *Carolus V. articul.* 30. male etiam contrarium ſentiant Dd. quos citant & ſequuntur *Clar. quæſtione* 21. *Gomez.* 3. *variar. reſolut.* 13. *num.* 18. contra expreſſum textum *in l.* 20. *d. quæſtion.* Verum de ſingulis indiciis prolixius hic agere non eſt noſtri inſtituti, & transſcribere quæ præter autores à Treutlero citatos, *Zanger. d. tortur.* & latiſſime pleneque Farin. tradiderunt. Illud ſaltem noto, falli videri Treut. dum offenſi morituri dictum ſufficiens indicium ad torturam eſſe ait, ex conſtitutione Carolina *articul.* 25. cum tamen *articul.* 27. expreſſe tradatur, quod ex præmiſſis octo indiciis nullum ſolum & per ſe, ſed aliis concurrentibus ſufficiat ad torturam. Deinde & hoc addo, diſerte ſatis probari (de quo *in f. lit.* F. dubitare videtur Treut.) *ex l.* 18. §. 1. *d. quæſtion.* quod abſque novis indiciis repeti poſſit tortura: ſi videlicet indicia ſint evidentiora, & perſona alias ſuſpecta, & quæ animum corpusque adverſus tormenta duraſſe obfirmaſſeque videatur.

LIT. G.

Reus inculpatus an ab instantia tantum sit absolvendus.

Iſtud ſub hac lit. controverſum videri poteſt, quod Treut. ait, reum qui ſubiectus quæſtioni crimen negare perſeveraverit, ab inſtantia tantum abſolvendum eſſe. Etenim obſtat quod traditum

dictum est supra *thes.3.lit.E.* extra casus specialiter exceptos non posse repeti & iterum accusari eum, qui semel absolutus fuit. Quod si dixeris, intelligi absolutum ab ipso crimine, replicabo, hoc ipsum in quæstione esse, annon & hic ab ipso crimine & simpliciter sit absolvendus: quod mihi quidem omnino verius esse videtur. Etenim absolutio ab instantia & observatione judicij tum fieri solet, ubi in iis quæ processum concernunt aliquid peccatum, veluti si libellus non fuerit legitime formatus *l.3. §.1. d. accusat.* ubi nominatim additur reum repeti posse: cæteroquin in dubio simpliciter absolutus intelligetur. Enimvero quod dicitur, actore non probante reum absolvi, non nisi contra rationem juris aut ad absolutionem ab instantia, aut ad casum quo nihil probatum est, referre possis: in nostro autem casu ubi reus indiciis tantum gravatus fuit, eaque per torturam purgavit, non potest dici actorem probasse: cum præsertim ex indiciis & præsumtionibus nemo, maxime in atrocioribus criminibus damnari possit, ut ipse Treut. statuit *supra hac thes. lit. A.* Nec quisquam dubitaverit, quin innocens simpliciter debeat absolvi. Atquin hic de quo quærimus, aut reuera innocens est, aut pro innocente ad hunc effectum ut absolvatur, habendus est, & innocens præsumendus, qui delicti convinci non potuit, & per torturam innocentiam suam, & ut loquuntur, indicia contra se militantia, quæ communissima Dd. & verissima sententia est, per negationem criminis in tormentis, purgavit & elisit. Et porro nulla alia ratio est, quare reus repeti possit, ubi prior accusator prævaricationis convictus est, iuxta *d.thes.3.lit.E.* nisi quod prior accusator dolose probationes dissimulasse & omisisse censetur, adeoque extra illum casum, & ubi undique studio conquisitæ probationes sufficientes non fuerunt, necessario reus simpliciter absolvendus erit: cum ex casu iam relato prævaricationis, manifesto appareat, deficientibus plane probationibus, reum simpliciter absolvi: quod alias ad repetendum reum necessum non esset prævaricationis convincere priorem accusatorem. At utique deficiunt probationes, ubi reus non tantum solis indiciis gravatus fuit, sed etiam indicia illa, per torturam nulla & evanida facta sunt. Accedunt his rationes, quibus in hanc sententiam movetur *Gomez. 3. resolut. 13. num. 28.* quod de qua re cognovit judex, de

eadem etiam pronuntiare eum oportet: atquin hic cognovit de meritis causæ, super quibus non pronuntiat, si tantum ab instantia reum absolvit: facit *l.vltim.d.calumn.* ubi proponitur servus accusatus, tortus, &, procul dubio ut innocens, absolutus. Facit etiam *capit. ultim. d. purgat. canon.* ex quo colligitur absolvendum omnino esse eum, qui se legitime purgavit: talis autem purgatio fit per torturam: nec dubitari potest, quin reus, quibus casibus ad juramentum purgationis admittitur, definitive sit absolvendus. Et hanc opinionem recte etiam probat *Fachin.* 1. *controvers.* 33. adducens ad hoc textum *in l.8.d. quæst.* ubi quæstiones dicuntur efficacissimæ ad eruendam veritatem & *in l. 7. eodem*, ita dicitur torquendus reus, ut salvus sit vel supplicio, vel innocentiæ, videlicet si crimen obiectum negauerit: & plane cum quæstioni subijciatur reus investigandæ veritatis causa: non poterit nisi pro innocente haberi, qui in tortura nihil est confessus. Contra tot & tam prægnātes rationes nihil movere poterit vulgata objectio generalis, quod delicta non debeant manere impunita: quamvis exceptionis loco non invitus admiserim, ut ob qualitatem personæ & indiciorum aliquando reus ab instantia tantum sit absolvendus: sed jus regulare & ordinarium in contrarium esse contendo. Neque animadvertere possum, quid pro Treut. opinione faciant citati textus *in l.8.Cod.d quæst.l.7.* & *8. D. eod.* qui textus juxta iam dicta eum magis oppugnant: sicut & cit. *gl.in d.l.8.* quoniam si tormentis fatigati quæ dicunt, ut est in glos. veritas ipsa dicere videtur, consequenter qui in tormētis negavit, pro innocente habendus erit. Et proinde videri potest Tr. non satis expressisse quod sensit, & eorum fortasse sententiā improbare voluisse, qui, ut refert Fach. nihilominus reum pœna aliqua licet mitiori afficiendū esse censent. Non obstat etiam *l.si qui* 34.*C d. adult.* vel quia ibi casus specialis, nec extendendus ad consequētias: vel quia ibi crimen adulterij ex hac sola causa depulsum proponitur, quod qui eius rei arguebantur, se ea necessitudine coniunctos allegabant ut incesto se polluere voluisse præsumi non deberent. Hi nimirum cum postea nuptias contrahentes inter se, in manifesto falso & mendacio deprehendantur, merito absolutio ex hujusmodi præsumtione citra aliam accuratiorem causæ cognitionem, sequuta, ipsis quominus repeti possint, prodesse non debet: quod

omni-

omnino secus esse dicerem, si rei in eo casu tormentis subiecti, adulterium negassent. Quod rectius mihi dici videtur, quam quod alij in ea specie, nova indicia supervenisse, vel super causa ibi non pronuntiatum, sed simpliciter reos dimissos fuisse cóminiscuntur.

LIT. H.

Sub tractatum de personis quæ torqueri nequeunt, non recte referuntur servi: quippe qui vel maxime obiectum habile sunt torturæ: aliud auté & speciale est, quod non possunt torqueri cótra dominos. Et hinc tamen excipit Tr. causas pecuniarias, in quibus, sed tamen aliis deficientib. probationib. torqueri contra dominos posse servos, admittit. Controversiam hic facit duplex lectio *l.1.inf.C.d.quæst.* quoniam Florentina quidé & vulgata editio lectionem habent negativã, *quod nec inopia probationum in pecuniariis causis servi contra dominos audiantur*: sed editio Norica Haloandri cótrario modo legit, *quod ex inopia probationum audiãtur*: quam lectionem in exemplaribus quibusdam extare, *Ant. Cont. ad d.l.1.* annotavit. Neque defuerint rationes, quibus utraq; lectio & sententia probaliter sustineatur: sicut & utraq; nihil aduersatur cæteris quæ *in d.l.1.* proponũtur: & nimirũ tres ibi casus tractãtur: unus de criminib. exceptis, fraudati census, adulterij, majestatis: in quib. omnimodo servi admittuntur contra dominos: alter de cæteris criminibus, quib. juxta *d.l.1.* videntur admitti servi, ubi alia criminis admissi extant indicia; hoc n. est quod Impp. dicunt, evanescere hic pręscriptionis invidiã: ubi videl. dominus iam aliis indiciis gravatus est. Tertius casus est de causis pecuniariis: qui nihil repugnabit præcedentibus, sive affirmativam sive negativam lectioné sequaris: siquidem etiam juxta lectionem affirmativam recta est oppositio casus tertij ad secundum: quod in illo confirmandi tantum gratia adhibentur servi, ut fides indiciorum stabiliatur: in hoc autem tum demum ubi veritas alitér haberi non potest. Et ego quoque in hanc partem cum Treut. proclivior sum, post *Cuiac. 2. obs. 33.* quoniam hæc juris inductiva ratio fuit, ne servus in caput domini torqueretur: quę insinuatur *in d.l. C. d.q.* quod sc. hoc invidiosum sit, servos in dominũ torqueri: & in causis pecuniariis cessare videtur. Et est textus generalis indefinite loquens *in l. divus 9. in pr. d.q.* quod de servis in causis pecuniariis quæstio haberi possit, si aliter veritas nequeat requiri: quem textum Accurs. cum *d.l.1.C.d. quæst.*

quam

quam negative legit, quatuor modis ex sua & aliorum sententiis componere nititur. 1. quod referenda sit ad servos alienos. & 2. quod eodem redit, ad servos in aliena causa torquendos. 3. quod *dict.l.*8. corrigatur per *l.1. Cod. d.quæstion.* 4. quod *in d.l.*8. servus non tam contra dominum, quam potius super facto proprio examinatus & interrogatus fuerit: quam postremam responsionem sequutus est *Robert.2. recept.lect.*18. Sed non videtur ea responsio esse sufficiens: quoniam cuivis facile animadvertere licet, necessario sæpe evenire, ut servus de facto suo deponens, contra dominum testimonium ferat: V.C. si debitor à domino conventus excipiat se solvisse pecuniam servo: si creditor agens de in rem verso contra dominum, in huius utilitatem pecuniam versam fuisse probare velit.

Idem de statu liberis statuo.] Siquidem hoc connectitur cum proxime præcedentibus, hoc dicit Treut. quod statu liber in causis pecuniariis ex inopia probationum contra dominum torqueri possit: quamvis ex Cit.*l.*8.§.1.*d.quæst.* colligi videatur, simpliciter etiam quoad criminalia idem in statu libero & servo statui à Treut. etenim quod de servo in crimine adulterii *in l.*1.C.*d. quæst.* idem de statu liberis responsum est *in dict. l.* 8.*D. eod.* eoque argumento iuxta *dict.l.*1. idem in crimine fraudati census & majestatis dicemus. Et si præjudicium tantum domini attendamus, facile admittam, eandem esse rationem statu liberorum: verum ratio etiam propter propinquam spem libertatis, ipsorum statu liberorum habenda est, ut ne tam facile sicut servi alii torquerantur: quæ ratio facit, ut à criminalib. illis exceptis casibus, ad causas pecuniarias inferri non possit. Et est in hanc rem textus generalis in *l.*9.§.*ult. d. quæst.* statu liberos in causis pecuniariis non torqueri: quod tanto difficilius restringi poterit ad casum, quo aliæ proba-
quod tanto difficilius restringi poterit ad casum, quo aliæ proba-tiones supersunt: quod tum *in princ. l.* agitur de casu deficientium probationum, tum quod apparet, diversum ibi jus statui in statu liberis & servis, qui nec ipsi torquentur, ubi aliæ sunt probationes. Et haud scio, an non Treut. diversam hic quæstionem immisceat: quoniam apud autores citatos omnes Robertum Cujac. Hottom. ista quæstio tractatur, an statu liberi puniantur ut servi: de qua actum supra *p.*1.*disp.*2.*th.*2.*lit.*C.

THE-

THESIS VI.

LIT. A.

Tum reo.] Textus elegans est *in l. 1. §. 3. ad Turpill.* quod absoluto reo judex tractare incipiat de consilio accusatoris: qui scilicet nisi justam habuerit litigandi causam, propter calumniam ad talionis vel ad extraordinariam condemnatur *d.* §. 3. quamvis & illo casu vix excusari posse videatur actor, quo minus damnum pecuniarium resarcire debeat reo. Cæterum constitutio Carolina *artic.* 12. videtur indistinctè reo tantum dare actionem civilem: quod sequutus videtur Treut. hic, dum reo concedit actionem pro damno & infamia: & tamen perabsurdum videatur, nulla calumniæ pœna hodie teneri accusatorem: ut fortassis quis rectè tentaverit, Carolum V. tantum respexisse interesse partis non vindictam calumniæ publicam: cum præsertim hodie ut plurimum per publicum accusatorem criminum persecutio soleat institui. Quod judicem attinet, ille communi jure etiam in civilibus male judicando litem facit suam: adeoque multo magis in criminalibus, si quid per dolum fecerit, grauissima & arbitraria pœna coercendus erit: quod nec dubitari potest obtinere, ubi magistratus vel omnino in torquendo reum, vel in torturæ modo peccavit.

LIT. B.

Proponit hic distinctionem pœnarum, & distinctim duo membra servitutis & amissionis civitatis, quæ alias sub vnam speciem mortis civilis referri solent. Pœna qua mors naturalis irrogatur, appellari solet vltimum supplicium, quoniam post hoc nulla alia re vera pœna locum habet. Et huius supplicij ultimi ex quo mors irrogatur naturalis quinque species proponit Treut. & 1. supplicium crucis de quo & de cruce prolixos satis commentarios & libros tres edidit Lipsius: qui post *Cuiac.* 16. *observat.* 1. & *ad Paul.* 5. *sent.* 17. *Petr. Fab.* 2. *sent.* 7. *Anton. cont.* 1. *subsec. lect.* 13. plenius confirmat, idemque notat Gothofred. *in l.* 28. *in pr. d. pœn.* quod ab Imp. Constantino pœna ista fuerit abrogata: idque procul dubio, crucis, in qua Christus passus est, veneratione, quam antiquissimos Christianos signo isto exhibuisse constat: quo pertinet titulus Cod. *nemini licere signum Salvatoris &c.* Cæte-

rum Treut. supplicium hoc à Constantino ait esse mutatum: forte quia, ut mox addit, in eius locum rotæ supplicium successisse ait. Sed ut fortassis scelera ea quorum rei apud Romanos olim in crucem tollebantur, postea supplicio rotæ vindicata fuisse concedamus, exinde tamen successio quam Tr. hic asserit, non rectè infertur: sed & supplicium istud rotæ post Constantinum quoque ignotum fuisse videtur v. Cuj. 3. *obs.* 28. *inf.* & tanto minus successio illa statui potest, quod supplicium crucis antiquitus ferè in servos tantum, usurpatum fuit. Quin & amplius de eo dubitare licet, quod jam citati autores à Tribon. verbum *crucis*, à JCtis usurpatum, in verbum *furcæ* mutatum scribunt: quod nominatim Lipsius *libr.* 3. *d. cruc. c.* 7. factum notat *in l.* 21. §. *pen. d. pœn.* illis verbis, *Latrones furca figendos*: ubi etiam inconspectè & ineptè peccasse ait Tribonianum, qui sublato verbo, *crucis*, reliquerit verbum, *figendos*: cum tamen furcæ novæ rei non affigantur, sed ad eam suspendantur: idemque peccatum notat *in l.* 9. §. *istæ.* 11. *d. pœn.* illis verbis *furcæ subjici*: pro quo olim scriptum fuisse putat, *cruci suffigi*. Dubium, inquam, facit, quod ipse *Lipsius d. lib.* 3. *c.* 3. *& seqq.* agnoscere cogitur, furcam veterem, non tantum eam, sub qua servi in ludibrium citra pœnam mortis circumduci solebant: non etiam eam tantum, cui inserto capite rei virgis ad necem cedebantur: sed etiam eam, quã late satis ibid. explicat, sub qua damnati ad mortem ducti, & ad eam alligati, post unà cum furca, eí affixi, tollebantur in crucem, aut ad eam etiam affigebantur. Quod si ita est, nihil absurditatis erit in his phrasibus, *damnare ad furcam l.* 28. *in princ. d. pœn. aut furca figi, d. l.* 28 §. *pen.* etiamsi ea tempora, quibus adhuc supplicium crucis in usu fuit, præsupponamus, utcunque in huiusmodi phrasibus tropum admittamus.

Crematio

Alterum exemplum est crematio & pœna ignis, de qua sunt textus *in l.* 8 §. 1. *d. pœn. l.* 9. *d. incend l.* 7. *C. d. delator. l.* 3. *C. d. iudæis. l.* 9. *C. ubi causa fisca. l. un. C. d. mulier, quæ se propriis servis. l.* 2. *C. d. fals. monet. l.* 9. *d. re milit.* Tertium exemplum est, decollationis, quam Tr. ait fieri solo gladio per *l.* 8. §. 1 *d. pœn.* ubi dicitur animadverti oportere gladio: & referri huc potest quod in vita Antonini Caracallę Dion. & Spartianus referunt, cum occiso Papiniano dixisse, gladio te non securi exequi oportuit iussum meum: quę vox an humanitatis alicuius fuerit, quod mitius cum Papinian. actum voluerit, adhuc quidam

Decollatio

quidam ex Criticis litigant: de quo vide aliquid apud *Casaubonum in comment. ad Sueton. libr. 2. in vita Augusti c. 15.* Sed & quod Tr. vult, non satis ex *d. l. 8. §. 1. d. pœn.* probari videtur: quoniam JCtus ait, animadverti debere gladio, non securi, fuste, laqueo vel telo: quibus utique posterioribus modis non fiebat decollatio, neq; caput amputabatur: adeoq; sententia JCti est, quod præses gladio, non alio extraordinario supplicij genere animadvertere debeat. Potest alias & hic notari ambiguitas: quoniam verba hæc, non posse præsidem condemnare nisi ad gladium, duplicem sensum recipere possunt: vel quod præses nulla alia pœna animadvertere possit: vel quod pro pœna ordinaria capitis legibus statuta, non possit irrogare aliam extraordinariam mortis pœnam: quod posterius verum est. Plane moribus & legibus diversarum gentium derogari & præscribi hic non potest: veluti hodie in Britannia in damnatos securi animadverti constat. Cæterum de pœna gladij eaque duplici, tum ut sequatur decollatio, tum ad ludum gladiatorium, vide *Petr. Fabr. 2. semestr. cap. 11.* & ibi eundem de damnatione ad bestias, & quæ de hoc pœnæ genere notat *Gothofred. ad L. 11. §. ult. d. pœn.*

LIT. C.

Civitatis amissio.] Quatuor species refert Tr. deportationem, aquæ & ignis interdictionem (quæ an posterioribus temporibus simul in usu fuerint, mox dicemus) in opus publicum dationem & bannum Imperij. Sed posterior hæc species pertinere videtur, non ad medium, sed ad summum pœnarum genus, & eas pene quæ vitam naturalem adimunt: siquidem iuxta sententiæ formulam quam refert *Geil. lib. 2. d. pac. publ. c. 6.* **werden sein Leib und Gut dem Kläger und jedermänniglich erlaubt.** Neque movet, quod non statim pœna ista executioni mandatur: quoniam hoc fit propter absentiam damnati: & satis est hoc sententia contineri: cæteroquin absentes damnatos, quibus casibus id fieri potest, juxta not. supra *disp. 26. th. 3. lit. F.* capitaliter & ad mortem damnatos quis esse non dixerit. Et hoc ita tradit male à Tr. citatus *Andr. Geil. lib. 2. d. pac. publ. c. 1. num. 24.* longe deteriorem esse conditionem bannitorum quam deportatorum: & expresse addit, quod maximam capitis diminutionem patiantur: quod repugnat sententiæ Tr. & hic & *part. 1. disp. 3. th. 5. lit. E.*

Civitatis amissio.

An deportatio successerit in locum aquae et ignis interdictionis.

Deportandi ius.] De hoc, quod præses prouinciæ deportandi jus non habeat, actum est *d. disp. 3. part. 1. th. 6. lit. C.*

An vero doportatio omnino.] Quæstionis vis in eo posita est, an temporibus posterioribus pœna interdictionis ignis & aquæ prorsus non fuerit amplius in usu, sed in eius omnino abrogatæ & desuetæ locum deportatio ita successerit, ut ea sola fuerit usurpata. Etenim illud puto Treut. non negauerit, quod rei delictorum, ex quorum causa antea aqua & igni intercidi solebat, frequentius tum fuerint deportati: & ita hoc tantum velle videtur Treut. quod etiam tum & ICtorum nostrorum temporibus aliquando aqua & igni fuerit interdictum. Plane subrogatio illa & successio perspicue satis probari videtur *ex l. 2. §. 1. d. pœn.* ibi, *postquam in locum aquæ & ignis interdictionis deportatio successit* & *ex l. 3. ad L. Iul. peculatus*, ibi, *in quam hodie successit deportatio:* & *ex l. pen. §. ultim. d. extraord. cognit.* ibi, *cum aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum evenit.* Explicandum autem hic quæ ratio & causa istius pœnæ, aquæ & ignis interdictionis fuerit. Id eleganter ostendit Brisson. *3. selectar. antiquit. capit. 5.* quod scilicet veteribus legibus Romanorum nemo invitus civitatem amittebat, & ex iisdem civi Romano spiritus & vita eripi non poterat, quod ibi aliquammultis Ciceronis locis confirmat. Ne autem hoc modo scelerati homines impuniri manerent, & in republic. tolerandi essent, introducta fuit hæc pœna, qua indicta necessariò ita damnatus ex republic. Romana excedere cogebatur, & in aliam se conferre: quo facto civis Romanus esse desinebat. Elegans in hanc rem locus est, citatus à *Budæo in annotat. ad L. 2. d. pœn. & Brisson. d. cap. 5. ex Lactant. libr. 2. Institut. cap. 9.* (Brisson. citat capit. 10.) exulibus, inquit Lactantius, ignis & aqua interdici solebat; adhuc enim videbatur nefas, quamvis malos, tamen homines, supplicio capitis afficere. Interdicto igitur usu earum rerum, quibus vita constat hominum, perinde habebatur, ac si esset, qui eam sententiam exceperat morte mulctatus. Et hanc pœnam usque ad Impp. tempora durasse Brisson. scribit, postea in insulam reos deportatos: cuius rei rationem aperit Cuiac. *lib. sexto observatione 39.* vbi refert August. legem ex *Dione libr. 56.* qua hi quibus aqua & igni interdictum erat in continenti morari prohibebantur. Hinc enim factum procul dubio,

bio ut nisi extra territorium Romanum, evasissent, in insulam aliquam includerentur, nec iis amplius libera esset vagandi facultas: quæ ipsis postea recta & initio statim adimi cœpta, ut vigore ipsius sententiæ, in insulam quandam, ex qua vix evadendi facultas esset detruderentur. Quæ manifesto ostendunt, verissime affirmari ab omnibus, quod deportatio successerit in locum interdictionis aquæ & ignis, & errare procul dubio, qui hoc negare fuerit ausus. Sed, ut dixi, Treut. fallere videtur, in verbo *omnino*, quia fortassis nec Brisson. nec Cuiac. negaverint, quin aliquando etiam postea, maxime in absentes, pœna vetus fuerit usurpata. Atque hoc modo omnes hac de re loquentes textus facile videntur posse vel explicari vel conciliari. Et quod etiam tum non prorsus pœna aquæ & ignis interdictionis fuerit sublata, argumento est, quod *Dion. libr. 57.* Tiberium constituisse refert, ut ne testamenta facere possent, quibus aqua & igni interdictum esset: & præter textus à Treut. citatos, faciunt *l. Imperator* 18. *d. stat. homin. l. 5. in princip. d. cap. min. l. cum quis* 38. *in princip. d. solut.* Ex quibus intelligere licet, ratione primæ originis, interdictionem aquę & ignis, maximum etiam genus pœnæ fuisse: sed postea deportatione subrogata, mediũ esse cepisse: ut fortassis hinc præter mentem omnium explicari possit *l. 5. §. ultim. d. extraord. cognit.* de cuius alias explicatione actum supra *part. 1. disputation. 3. lit. E.* Et tamen qui rem accuratius expẽderit, insubtile fortassis hoc existimaverit ut uno eodemque tempore simul utramque pœnam, deportationis & aquæ & ignis interdictionis usitatam fuisse dicamus: & loci, quibus pœnæ adhuc veteris fit mentio, de deportatione & illarum pœnarum subrogatione & successione commode explicantur. Sed ego subsisto.

LIT. D.

Aut servitus contingit.] Et ergo in specie sub lit. B. intellexit Treut. mortem naturalem, nam servitute quin & civitatis amissione mortem civilem accidere constat. Porrò ex exemplis apparet à Treut. intelligi servitutem pœnæ, (nam ad servitutem hominis non nisi ex causa ingratitudinis idque privato judicio, experiri licet) quæ servitus hodie sublata *auth. sed hodie Cod. d donat. inter vir. & uxor.* manente tamen re ipsa eiusdem pœnæ genere: qualis est damnatio in metallum: cuius pœna à damnatio- De servitute pœnæ.

ne in opus publicum etiam perpetuum differentia perſpicua eſt: quoniam per illam amittitur libertas *l. 8. & l.17. in princ. d. pœn.* per hanc tantum civitas libertate ſalva *dict. l. 17. §. 1. & l. 1. C. eod.* Ratio diverſitatis inde ſumenda videtur, quod damnatio in metallum perpetua & ſervilis pœna ſemper habita fuerit: ſed non ita damnatio in opus aliud publicum: ut apparet *ex l. ſervus. 34. d. pœn.* ubi negatur, ſervum in opus publicum perpetuum vel temporarium dari poſſe: in metallum autem dari ſolebant, ita ut inciperet eſſe ſervi pœnæ, & ex dominorum poteſtate exirent *l. 8. §. ſervos pœn. d. pœnis:* qua de re bene tractat *Petr. Fab. 2. ſemeſtr. c. 5.* Cæterum, ut & hoc addamus, hanc ſervitutem cum Treu. reſtringat ad ſervitutem pœnæ, quæ infert mortem civilem, ut apparet ex oppoſitione lit. B. ſervitus tamen pœnæ generalius dici & vſurpari videtur, etiam de iis qui ad mortem naturalem ſunt damnati, *§ pœnæ 3. Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt ſolv.* Quin & ambigo an datio vel damnatio in ludum venatorium non magis ſit pœna mortis naturalis: quoniam qui cũ beſtiis, leonibus, urſis vel apris depugnare cogebantur, nihil aliud niſi mortem poterant expectare: ut proinde Tr. fallaciam homonymiæ, in verbis, *ſervitutis pœnæ*, commiſiſſe videatur. & de ludo venatorio & in eum damnatis vide *Petr. Fab. 2. ſemeſtr. 11.*

Sicut tamen.] Hoc quod proponit Tr. damnatos ad tempus in metallum retinere civitatem, ſicut damnati ad tempus in opus publicum, proportioni pœnarum refragari videtur: quoniã cum ſit ingens differentia inter utramq; hanc pœnam in perpetuũ irrogatam, ut ex illa libertas quoque, ex hac tantum civitas amittatur, proportionis ratio exigit, ut etiam in pœna vtraq; ad tẽpus irrogata aliqua ſit differentia: & nimirum ut ſicut gradatio eſt in pœna operis publici, ut videl. damnatus in perpetuũ amittat civitatem, ad tempus autem, eam retineat: ita quoq; gradatio proportionata obſervetur in pœna metalli: ut perpetuo damnatus libertatẽ amittat, ad tempus autem, ſalva libertate amittat civitatem, non autẽ, ut poſt Robert. putat Tr. hanc quoq; retineat: qui ſaltus proportioni nõ convenire videtur. Et hæc nimirum Cujacij, qui 1. *notatorum ad animadverſ. Robert. c. 28.* ſe variaſſe fatetur, ſententia eſt 15. *obſerv. 22. inf.* quæ mihi etiam videtur verior per text. *in l. capitalium. 28. §. divus. 6. d. pœn.* ubi in metallum ad tempus damnatus comparatur cum eo qui in perpetuum opus damnatur: ita enim fatente

ipſo

ipso *Rober.2.recept.lect.* 19. Florentina habet lectio: *huius enim libertas manet, quamdiu* (vel ut perspicuè magis Haloand. quemadmodum) *etiam hi qui in perpetuum opus damnantur*: ubi negationem à Lælio Taurello insertam esse Robert.cit. loco testatur: quod glossatores recentiores omittere non debebant: ut proinde male Robert. temeritatis arguat Cujacium, quod detraxerit negationem: siquidem ea deest in Florentina editione, quam ex Basilicis *d. capit.*22. confirmat Cuiac. licet vulgata & Haloandrina editio eam negationem agnoscant. Facit quod verba præcedentia *dict. l.* 28. §. *sexto, huius enim libertas manet*, hoc ipsum implicite arguere videntur, quod civitas amittatur, cæteroquin JCtus ita locutus non fuisset. Verum huic sententiæ, quod in metallum ad tempus damnatus retineat tantum libertatem, civitatis autem jura amittat, non pauca à *Robert. d. capit.* 28. *libro primo, animadvers.* objiciuntur. Et 1. textus *in l.* 8. §. *in ministerium*, 8. *d. pœn.* ubi expresse dicitur, quod in perpetuum damnati servi pœnæ fiant, ad tempus autem retineant civitatem. Sed respondetur, quod in hoc textu, agnoscente ipso Roberto, sit varietas lectionis, & quod contrario modo vulgata editio habeat, *amittunt civitatem*: plane Accurs. utramque lectionem vidit, & illa stante civitatem pro libertate explicandum censet per *l.*28.§.6.*d.pœn.* ut existimare liceat, ipsum etiam Accurs. affirmantem lectionem *in d.* §. 6. agnovisse: quamvis etiam ex negativa lectione opinio Roberti necessariò inferri non videatur: quia possunt etiam ad tempus in opus publicum damnati comparari cum damnatis in metallum ad tempus, quatenus utrorumq; libertas salva manet, non autem protinus etiam quoad jus civitatis: & potest existimari JCtus damnationis temporariæ in opus publicum ideo mentionem fecisse, quia etiã temporariam damnationem in metallum proposuerat. Nemo plane negauerit, concinnius ita legi *in d.l.* 8. §. 8. *d.pœn. in perpetuum damnatæ, quasi servi pœnæ constituuntur, si vero ad tempus damnantur, retinent libertatem.* Deinde obijcit Robert. quod *in d.* §. *divus* dicitur, non debere quem in opus metalli ad tempus dari, & si quis ita damnetur, hunc inter metallicos habendum non esse: & consequenter pro eo qui in opus publicum ad tempus damnatus est, habendus erit. Hæc ratio bene concludere, & argumentum supra pro altera opinione, à proportione & gradatione pœnarum desumtum refutare

tare videtur: & refutaret omnino, nisi esset fallacia à dicto secundum quid ad dictum simpliciter, & si quod *in dict.* §. 6. dicitur, quod non sit habendus inter metallicos, simpliciter intelligendum esset. Sed existimo ita hoc explicandum, ut non habeatur absolute pro metallico, & ea quæ aliàs amittunt damnati in perpetuum, nec durante quidem illo tempore amittat, veluti libertatem: cum alias ratio suadere videretur, ut quam diu durat tempus damnationis, tamdiu etiam libertas amissa videretur: sed scilicet servum ad tempus esse, & solo temporis adventu liberum effici, non visum fuit convenire rationi. Cæterum non intelligendum est, quod *in dict.* §. prorsus nulla habeatur sententia qua quis damnatur ad tempus in metallum: quippe quam irrogari solitam fuisse colligitur, *ex dict. l.* 8. §. 8. *d. pœn* Tertia obiectio Roberti proposita *lib.* 1. *animadvers. cap.* 28. eadem est cum prima. Quarta colligitur *ex fin d. cap.* quo adducuntur verba *dict. l.* 28. §. 6. *d. pœn.* quod mulieres ad tempus damnatæ liberos pariant: atqui inquit absurdum sit, ita liberos natos, demum elapso tempore consequi civitatem. Sed enim videtur errare Robertus, dum omnibus hominibus liberis, videlicet extra deportatos jus civitatis necessario competiisse existimat: quod falsum esse jam dicto loco docet Cujac. & pluribus confirmat *Brisson. lib.* 1. *select antiquit. c.* 13. ex quo apparet quosdam etiam in Italia & provinciis peregini juris & conditionis fuisse.

LIT. E.

Refert hic pœnas inferioris ordinis, relegationem, etiam in perpetuum, fustium admonitionem &c. quas pœnas in jure nostro negat unquam vocari capitales. Et citatus *Gœdd. in l. licet.* 103. *d. Verbor. Signif.* de ictu fustium omnes consentire ait, de quo infra aliquid dicemus, sed de relegatione aliquos dissentire. Equidem nemo dubitat, quin proprie loquendo relegatio pœna capitalis non sit, *l.* 2. *d. public. iudic. l.* 2. *in princip. & l.* 28. §. *primo, d. pœn. l. edicto.* 13. *d. bonor. possess.* sed generalius appellatione pœnæ capitalis relegationem contineri posse, quidam existimant: pro qua sententia adducitur *l. licet.* 103. *d. Verbor. Signif.* quod si enim latine loquentibus omnis causa existimationis capitalis dicitur, *d. l.* 103. quid ni etiam ICti aliquando ita loquuti credantur, cum præsertim ultra infamiam exilium hic accedat: licet in usu juris capita-

Relegão an capitalis

capitalis pœna dicatur, pœna mortis naturalis vel civilis *dict. l.* 103. neque enim lectio negativa, *non tamen capitalis*, quam an in exemplaribus reperiatur, quod Gœdd. affirmat, non leviter dubito, ullum commodum sensum admittere videtur. Deinde pro generaliori usu verborum pœnæ capitalis, adducit Accurs. *in dict. l.* 103. textum *in l. hos accusare.* 12. §. *omnibus*. 4. *d. accusat.* ubi cum JCtus dixisset, capitis quasdam pœnas servis non convenire, pro exemplo subjicit, relegationem. 3. adducitur à *Pacio.* 2. *antinom.* 40. *in f. l.* 4. *in princip. si quis cautionibus in iudicio &c.* illis verbis, *si in exilium salva civitate abiit*: quod scilicet exemplum proponit JCtus pœnæ capitalis, de qua *in princip. d. l.* 4. tractaverat: neque enim commodè dicere possis, quod JCtus ad alium transeat casum. Et ista appellatio tanto minus absurda erit, si relegationem in insulam *l.* 7 *in princip. d. interdict. & relegat.* & eam in perpetuum *dict. l.* 7. §. 3. & insuper adempta parte bonorum *l.* 4. *& d. l.* 7. §. 4. factam proponas: quomodo quidem relegatus excepto simplicis civitatis jure, quod in subtilitate magis quam veritate consistere videtur, proximè à deportato abest, ut verissimè disputat *Petr. Fab.* 2. *semestr.* 13. ubi etiam hoc argumento utitur, quod aliàs frustra in quæstione, de successione & bonorum possessione patrono relegato in bona liberti, quæsitum fuisset de interpretatione verborum, quænam esset pœna capitalis, *in l.* 13. *d. bonor. possess. l. eum. patronum d. iur. patronat. l.* 103. *d. Verbor. Signif.* quem textum ipse Gœdd. ad eam tractationem refert, si appellatione pœnæ capitalis nunquam relegatio comprehensa fuisset. Et sicut pœna capitalis aliquando in specie significat pœnam extremi supplicij & mortis naturalis: ita non adeo absurdum habendum est, si aliquando etiam relegationem designet. Illud addendum est de pœna fustium, quod licet in jure nostro ista pœna, ictus vel admonitio fustium, non sit capitalis, olim tamen quandam capitalem fuisse, quæ fustuarium dicta fuit, in specie irrogata autori famosi carminis, ut notant præter alios, *Iacob. Gothofred. ad ll.* 12. *tabb. & Marcil. ad easdem cap.* 65. ubi hanc pœnam fuisse existimat eam qua more majorum damnatus sub furca ad mortem cedebatur. Extat inter Novellas Imp. Majorani, quæ sunt adjunctæ Codici Theodosiano constitutio prima, in qua hæc verba: *si servus est, fustuario supplicio interficiendum se esse cognoscat.*

THESIS VII.

LIT. A.

olim confiscata erat bonorum damnatorum.

Dubium non est, quin olim confiscata fuerint bona damnatorum ad mortem vel naturalem vel civilem: non autem relegatorum *l.1.d.interdict. & relegat.* nisi quoad partem iuxta *l. 7. §.1. & seqq. d. tit.* Et illud ita in bonis quæ erant tempore sententiæ: quod autem postea acquirit deportatus, in quo scilicet solo hoc tractari potest, non confiscari ait Treut. Quæ propositio ambigua est, & significat vel non confiscari statim, vel omninò non confiscari: quæ posterior sententia falsa, sed prior vera est: in qua homonymia ludere videtur Treut cuius procul dubio hæc sententia est, quod interim deportatus bona illa teneat, sed quæ tamen eo mortuo acquirat fiscus qui dicitur succedere deportato *l. 15. d. interdict. & releg.* Qua in re iniuriam facit Cujacio pro diss. citato, qui disertis verbis *6. observ. 23.* deportatum interim bonis post quæsitis uti tradit, sed quæ eo mortuo fisco vindicentur. Neque in alio notari potest Cujac. nisi quod *in l. 8. qui test. fac. poss.* minus rectè explicat *l. 22. §. is cui Mandati*, & omnino referri vult ad relegatum, propter ea verba ICti, quibus postea quæsita non sequi fiscum dicit: quæ tamen commodè verificantur in deportato, quatenus bona post quæsita opponuntur quæ deportatus tempore sententiæ habuit. Illud paulo insubtilius dici videtur à Treut. quod bona post quæsita ad heredem damnati non pertineant: quoniam deportatus jure nostro heredem habere non potest: ideoque dicere debuit, quod nec in his bonis damnatus habeat heredem.

Relegatus autem.] Ait quod relegatus relicta sibi in urbe post relegationem possidere possit. Atquin cum th. præced. in F. relegationem pœnam capitalem esse negaverit, & in pr. h. th. de pœna capitali tantum proposuerit, & aliàs constet relegatorum bona non publicari, frustra & sine ratione dub. hoc de relegato proponi videtur: cū præsertim in specie de relictis in urbe quæstio proponatur. Sed & homonymia duplex est in propositione Tr. quod relicta intelligi possunt, vel quæ ipse abiens reliquit in urbe, vel quæ ipsi V. C. in testamēto alius reliquit: itemq; possunt intelligi relicta post relegationem, vel etiam antea relicta, quæ post relegationem

possi-

possideat. Sed apparet ex citatis *Cuiac. 3. notator. ad animaduers. Roberti. c. 11.* & Roberto ibid. alienam hic quæstionem à Tr. moveri: quia disputant illi non de publicatione bonorum relegati, sed & an relegatus prædium vrbanũ quod post relegationem ipsi relictũ est, possidere queat: quod negat Robert. affirmat Cujac. cuius sententiam veriorem esse opinor: quoniam cum relegatus civis maneat, nihil impedire video, quo minus legatum & ipso jure ei acquiratur, & eius quoq; possessionem vel per traditionem fictam, cuius multæ species, vel etiam per procuratorem apprehendat.

LIT. B.

Hodie prohibita.] Non in fauorem damnati, sed proximorum cognatorum. Nam quod olim obtinebat, ut liberis portiones darentur *l. 7. d. bon. damnat.* ex humanitate Justin. produxit, ut liberis omnia bona, quin & parentibus relinquetentur *Novell. 134. c. vlt.* non etiam collateralibus, ut subiicit Tr. pro quo parum facit *l. 5. §. 1. d. legat præstand.* nam quæ ibi in edicto eo parentum & liberorum prærogativa est, eam hic quoque esse non consequitur: cæteroquin olim etiam parentibus portiones datas fuisse consequeretur. Sed expressa in hanc rem videtur *Novell. 134. cap. ult.* ubi tantum parentes & liberi admittuntur, & nec hic quidem simpliciter, sed solum usque ad tertium gradum, & insuper expresse cavetur, ut si tales personæ non supersint, ad fiscum bona deferantur: ut proinde non satis rectè indefinitè dicatur, publicationem bonorum hodie prohibitam esse. Plane *Clar. quæstione 78. & Dd.* ut etiam collaterales admitterent, moti videntur per *authent. bona damnatorum Cod. d. bon. proscript.* ubi dona dicuntur deferri descendentibus, ascendentibus, & ex latere usque ad tertium gradum. Sed ipse Clar. animadvertit erratum Irnerij, quod de suo addiderit verba, ex latere, quæ *in dict. Novell.* 134. non reperiuntur. Sed existimo quod Irnerius coniungere voluerit *Nov. 134. cap. ult. N. 17. cap. 12.* in qua bona dicuntur relinquenda esse generi & legi, & secundum illam ordini: quamvis hoc ad excusandum Irnerium nõ satis esse videatur, quoniam iuxta verba *dict. cap. 12.* non usque ad tertiam gradum tantum, sed simpliciter generi bona deferuntur. Et ideo verius esse videtur quod hactenus *d. Novell. 17. capit duodecimo,* per *Nov. 134.* fuerit derogatum: vel illa hactenus per hanc declarata: ad quod necessa-

tium non videtur, contra quam putat *Fachin.* 1. *controverſ.* 38. *ut* expreſſe derogationis illius mentio fiat: ſicut & frigidum eſt, quod Aretius referente Fachin. d. loc. conſtitutionem d. cap. 12. huc non pertinere inde confirmavit, quod damnatus capitis non habeat cognationem & genus: quia utique habuit, imo re ipſa naturaliter habet: & hæc Juſtin, ibi videtur ſententia, quod vigore conſtitutionis illius bona ad eos pertinere debeant, quibus aliàs communi ſucceſſionis jure delata fuiſſent. Sed & Fachin. non videtur percepiſſe ſententiam Cujac. qui in *Novell.* 12. *in f. part.* 1. contra eam Novell. quæ bona inceſtorum tantum liberis ex matrimonio juſto natis concedit, objicit & *Novell.* 17. *cap.* 12. & *Novell.* 134. *capit. vltim.* ex quibus etiam parentibus imo generi bona damnatorum relinquuntur, & in priori objectione hoc proponit, quod *dict. Novell.* 17. pertineat ad ea delicta, quibus nominatim bonorum publicatio irrogata non eſt, non ad ea quæ in ſpecie bonorum publicatione puniuntur: quæ cum ipſa ſit Treut. ſententia lit. C. non rectè ab eo judicium Fachin. ſequuto Cujacius pro diſſ. allegari videtur. Et Cujac. duas illas NN. 17. *cap.* 12. & 134. *capite vltimo*, inter ſe non componit, ſed ad utramque, quatenus oppugnat *d. Novell.* 12. reſpondet, quod ſpeciale ſit in crimine inceſtus, & quod Juſtin. non debeat cenſeri derogare voluiſſe proprijs ſuis conſtitutionibus, quas contra inceſtuoſos ſanxit, maxime cum poſtea *in Novell.* 154. his qui Meſopotamiam & Oſdroenam incolunt, in præteritum quidem indulgeat, ſed in futurum capitalem etiam pœnam & omnium bonorum publicationem comminetur: quam tamen Novell. à neotericis inſertam Dd. non agnoverunt. Cæterum iſta ſolutio, quod ſpeciale ſit in crimine inceſtus, jam olim quorundam fuit, relata à *gloſſ. in d. auth. bona damnatorum* C. *d. bon. proſcript.* Alia eſt ibidem relata, quod per d. auth. deſumtam *ex Nov.* 134. prioribus legibus derogetur. Tertia ibidem ſolutio eſt, quod aut damnatus retinet civitatem, aut non retinet: hoc caſu bona non confiſcari: ſed illo confiſcari, & legem quæ huiusmodi caſu bonorum publicationem ſancit, non debere videri correctam per *d. Novell.* 134. quia aliàs ipſe damnatus bona retineret, adeoque ceſſet favor proximorum cognatorum quibus Iuſtin. bona relinqui, & potiorem eorum quam fiſci cauſam eſſe voluit. Sed nimirum ubi civitas manet

net ſalva, veluti relegato, non ſolet irrogari pœna confiſcationis, & proinde male ab Aretio quoque, quem Fachin. ſequitur, ad eiuſmodi caſum refertur *d. Novell.* 17. *cap.* 12. & poſſent etiam deportato relinqui bona, niſi lex aliud diſpoſuiſſet: ſed & iſto caſu fiſcus procul dubio ita occupabit bona, ut ea poſt mortem damnati licet paulo poſt defuncti cognatis proximis reſtituturus non ſit. Et Salicet. *in d. authent. bona damnatorum*, hinc quoque diſtinctionem iſtam improbat, quod *in Novell.* 12. ex qua deſumta eſt *authent. inceſtas, Cod. d. inceſt. nupt.* ex qua publicatio bonorum irrogatur inceſtuoſo, nihilominus tamen bona liberis relinquuntur: tum etiam quod cum juxta *dict. authent.* liberi exeant ex poteſtate patris, hic etiam debeat intelligi pœna deportationis, & videlicet exilium cum amiſſione civitatis: quæ etiam ratio & ſententia eſt Cujac. *in dict. Novell.* 12. Quarta diſtinctio communior eſſe videtur: quod aut confiſcatio ipſi delicto irrogata non eſt, ſed ex ratione juris communis damnationem conſequitur, veluti olim deportationem & pœnam mortis: aut publicatio ipſi delicto principaliter irrogatur: ad quem caſum non putatur pertinere conſtitutio *dict. Novell.* 134. *capit. ultim.* quæ ſententia eſt Treut. lit. C. dum ait publicationem eſſe prohibitam, niſi ſola loco pœnæ principaliter imponatur: quoniam hoc, licet verbis minus commodis (quia ubi loco pœnæ imponitur, non poteſt dici prohibita) dicere vult Treut. quod quibus caſibus olim bona pœnæ loco citra aliam pœnam in fiſcum redigebantur, iis hodieque idem obtinere: veluti cum bona tanquam indignis auferuntur: ſicuti & paſſim in NN. Iuſtin. eiuſmodi caſus occurrunt, & inſignis *in N* 117 *cap.* 10. ubi bona ſi tantum liberi deſunt, rectâ fiſco applicantur. Neque ut Treut. putat huic limitationi obſtat *Novell.* 134. *cap. ultim.* quippe quæ loquitur nominatim de criminibus quibus lex irrogat mortem vel proſcriptionem: & in terminis illius limitationis, ceſſare videtur ratio, quæ Iuſtinianum movet, ut tolleret publicationem: quod videlicet perſona delinquens & puniri debeat, ut eſt *in Novell.* 17. *cap.* 12. Quin amplius exiſtimat *Scipio Gentil. lib.* 3. *d. iurisdict. cap.* 35. quod ubicunque lex expreſſe confiſcationem alii etiam pœnæ adjecit, ceſſet conſtitutio correctoria *Novell.* 134. quamvis ea ſententia videatur aliena à mente Iuſtin. propter identitatem rationis: & credi po-

rest lex tantum obiter adiecisse publicationem, quoniam ita eo jure obtinebat, non quod in specie & omnino vellet eam pœnam irrogari: itaque si Lex olim Julia repetendarum vel de ambitu mentionem confiscationis fecit, (quod cit. loc. præsupponit Scip. Gent. sed in jure nostro tamen non reperitur,) non dubitarim id sublatum dicere persæpe *d.* N. 134.

Superest sub lit. B. 1. quod ait, non propterea testamentum facere damnatis esse permissum. Id referendum est ad thesin & quod in ea sub hac lit. B. tractatur de prohibita publicatione: ut nihilominus damnati testari nequeant: quod confirmatum est supra *disp.* 10. *th.* 2. *lit.* H.

Deinde ait adeò prohibitam publicationem, ut si quando ea irrogetur, excepta tamē intelligi debeat legitima liberorum & parentum. Pertinet hoc ad interpretationem statuti, quod suadente humanitate, & ex hypothesi odiosæ & prohibitæ publicationis ita accipi debet, ut salva maneat portio quæ jure quodam naturæ debetur: idq; in legitima liberorum suadet *l.* 7. *d. bon. damnat.* ex qua etiam juxta jus vetus partes ex damnatorum bonis liberis conceduntur: sed in legitima parentum dubium facit, tum quod non eod. jure hæc deberi videtur *arg. l.* 15. *d. inoff. test. l.* 7. *in f. unde liberi*, tum quod duobus casibus ante propositis N. 12. & N. 117. *c.* 10. relinquuntur bona solis liberis, & illis non extantibus citra ullam distinctionem fisco applicantur. Interpretatio tamen illa maximè obtinebit, si statuentes aliquatenus recognoscant superiorem, secundum cuius leges publicatio improbatur.

LIT. C.

Quod de pœna sola irrogata in thesi dicitur, iam explicatum est. Subiicit Treut. in hæc verba: *sed posita hac sententia quæritur, an à principe restitutus recuperet fructus, quos fiscus interim percepit.* Sed utiq; hæc quæstio non pertinet tantum ad eum casum cui applicatur, ubi confiscatio sola est sine pœna alia, sed etiam, & ferè magis, ubi pœna alia irrogata fuit. Puto autem veram esse Tr. negantem sententiam, quam ipse, dum adducit *l.* 22. C. *d. rei vindicat.* hoc argumento confirmare videtur, quod bonę fidei possessor non restituat fructus. Sed ex hoc tamen efficietur, quod teneatur restituere fructus extantes: quod ipsum vix admiserim, ex hac solida satis ratione: quod ista restitutio non contingit ex ordinaria juris sui persecutio-

ſecutione, ſed eſt mera & gratioſa remiſſio, ut ſibi damnatus gratulari debeat, quod pœna liberetur: & adhuc magis, quod iuxta *l. ult. §. ultim. C. d. ſententiam paßis.* (nam antea ſpeciali reſtitutione ad bona opus fuiſſe videtur per *l. 2. 3 4. & 5. C. eod.*) etiam bona quæ tempore damnationis habuit, recuperet. Facit quod iſta reſtitutio non inducitur per modum fictionis, qualis in reverſo ab hoſtibus recepta eſt, neq; iſta reſtitutio adeò retro operatur aut retrotrahitur, ut nunquam damnatus reus, & ita nũquam bona amiſiſſe videatur: ſed incipit operari reſtitutio à tempore interpoſitæ gratiæ, quæ adeo non retrotrahitur, ut vix etiam famam integram reponat, arg. *l. 7. C. d. ſent paſſ.* unde illud Imperatorum: indulgentia quos liberat, notat &c. *l. ult. C. d. gener. abolit.* Ex quibus apparet nihil contra iſtam ſententiam ex *l. 1. & ult. C. d. tit.* multo minus ex natura verbi, *reſtituere*, quam habet in materia juris ordinarij, concludi poſſe.

Hereditatem tamen.] Fructus reſtituto negavit Tr. ſed hereditatem interim alteri delatam concedit. Et Fachin. 1. *controverſ. 39.* quem Tr. ſequitur, hoc concedit, etiamſi durante V. C. deportatione ex edicto ſucceſſorio, quia deportatus ſequẽti gradui obſtare non poteſt, alteri delata, & ab eod. agnita & apprehenſa poſſeſſio fuerit: ut deportatus reſtitutus eam hereditatẽ perinde vindicare poſſit, atq; ſi nõ alteri illi, ſed ipſi delata fuiſſet. Quod ſane perquã durum videtur: quoniam utcunque deportatio cauſa fuerit, ut alij deferretur hereditas, nec adeo abſurdum videri debeat, ſi reſtitutio in locum priorem reponat: attamen cum deportatus paſſus ſit pœnam proportionatam delicti ſui, itaq; jus agnationis & cognationis amiſerit, & inde porro ſequens agnatus vel cognatus jure ſuo & proprio hereditatem à lege ſibi delatam agnouerit, citra injuriam jus ei quæſitum auferendum non erit, neque cenſeri debet ſublatum per reſtitutionem meræ gratiæ, quæ demum à tempore interpoſitionis incipit operari. Et ſi minor, qui beneficio ætatis & ex edicto ordinario prætoris officium magiſtratus implorat, tamen non auditur neque reſtituitur facile in præjudicium & cum injuria tertij, & ubi res amplius integra non eſt *l. 24. § 2. d. minor.* tanto minus dãnato reſtituto indulgendum hic eſſe videtur: & ſatis ei concedemus, ſi re adhuc integra ad hereditatẽ admittamus: ad quem caſum rectè refertur *l. 1. § 4. ad SCtum Tert.* quo ſolo fundamen-

damento nititur Fachin. & fortassis aliquid ibi facit, quod de hereditate matris ex novis legibus filio delatæ ibi tractatur argum. *d.l.1.§.8.ad Tertull.*

LIT. D.

Aput Treut. in thesi hæc verba habentur : *quo casu indagatio bonorum damnati diligentissimè celebranda.* Atq; in ad hanc diligentissimam indagationem nihil omnino pertinent, quæ in exegesi habentur : sed ex se perspicuum est, quod fiscus jus sibi quæsitum sit persecuturus. Subintelligendum autem est, quod hac thes. tractatur, bona damnati esse publicanda, ut habeant quo referantur verba Treut. in exegesi, *etiam iura actionesque :* quæ quidem à Treut. ideo adiecta apparet, quia citatus *Clar. quæstione* 78. *numer* 9. communem opinionem Dd. hanc esse testatur, non quod bona & actiones nequeant publicari, (quam tamen sententiam Treut. verba præ se ferunt:) sed si magistratus in sententia dixerit, confiscanda esse bona mobilia & immobilia, quod non comprehendantur jura & actiones. Cuius rei ratio redditur à *Pinell. ad rubric. Cod. d. bon. matern. p.1. numer.24.* quod jura & actiones constituant diversam speciem à bonis mobilibus & immobilibus. Et ita sane est, ut jura actionesque nec mobilia nec immobilia bona propriè appellari possint. Sed & quamvis qui dicit omnia bona mobilia & immobilia prorsus nihil excepisse videatur, ut notatum supra *disputatione* 1. *d. pignor. thes.* 2. *lit. D.* attamen in hac materia odiosa & pœnali & jure communi prohibita, recte fortassis verba quam strictissime, & non nisi de iis, quæ proprie appellationem mobilium & immobilium veniunt, accipiemus. Et videlicet, quæ declaratio est Molinæi referente Pinello *d.col num.*82. ubi pœna confiscationis irrogatur statuto contra dispositionem juris communis, vel etiam ubi specialiter confiscatio, speciali cuidam & minori delicto irrogatur : ubi ipsa ratio suadet minui delicti pœnam. Etenim si rationem juris veteris consideramus, ubi delictis irrogatur pœna deportationis ex lege & jure communi, proculdubio etiam venient jura & actiones, quæ ut potius quam alia bona relinquantur damnatis, nulla prorsus ratio est: & amplius eo casu falsa Dd. sententia fuerit, quo confiscatio venit per consequentiam, & tanquam accessoria deportationis, vel mortis : quo casu publicatio bonorum sequitur etiamsi

nulla

nulla eius in sententia mentio facta fuerit. Alia quæstio est quæ tractatur à *Pinell. ad rubric. Cod. d. bon. matern. p. 1. num. 3. & à Gomez. 3. resolut. 14. in princip.* an confiscatione contineantur bona futura, & jura sive debita conditionalia. Et quoad hæc rectè distinguunt, an V. C. obligatio descendat ex ultima voluntate, an ex conuentione, per notata supra *disputation. 27. thes. 2. lit. D.* Sed quod ad illa deceptus fuit Gomez. per *l. 22. §. 5. mandati,* ex qua putat damnato ita acquiri post obvenientia, ut etiam ad heredem pertineant: quod posito jure confiscationis falsum est, & ea mortuo deportato à fisco vindicari constat.

In publicatione bonorum filijfam.] Verba postrema thesis, *quo casu indagatio bonorum celebranda*, Treut. perspicue retulit ad eum casum, quo sola publicatio pœnæ loco irrogatur. Deinde subiicit in exegesi de publicatione bonorum filiifam. in qua tamen venire negat castrensia & adventitia bona.

Quod si ita est, sequitur, pœnam solius publicationis in filiifam. persona locum non habere. Sed Treut. ut alibi sæpe, ita & hic per incuriam lapsus est, & confusim tractavit quæ ad eum quoque casum pertinent, quo aliam pœnam irrogatam publicatio sequitur: tanto minus rectè, quod hodie publicationem bonorum prohibitam esse ait. Sed hic ista amplius manifesta contradictionis implicatio notanda est. Ait, in publicatione bonorum filiifam. & ergo bona huius publicari ait. Ait autem non publicari castrensia vel adventitia: & ergo cum multo minus profectitia publicari queant, sequitur necessario, quod nulla filiifam. bona veniant in publicationem: siquidem nulla alia bona filiusfam. habet aut habere potest: & vero si castrensia non publicantur, in quibus filiusfam. plenissimum jus habet, imo loco patrisfam. est, multo minus alia quæcunque eius bona poterunt publicari: qua ratione utuntur, *Ias. in §. actiones autem. 10. Institut. d. action. numero 62. Salicet. & alij Dd. in l. 3. Cod. d. bon. proscript.* Et igitur improvide hic lapsus est Treut. & vitiose expressit sententiam *l. 3. Cod. d. bon. proscript.* iuxta quam dicere debebat, filiifam. damnati bona non publicari, sed patri relinqui, eique, ut loquitur *dict. l. 3.* licet castrense peculium fuerit, auferri non debere. Ratio eius ex jure veteri obscura non est, quod pater filiofam. intestato defuncto, eius peculium etiam castrense jure pe-

testatis tanquam pater, non tanquam heres occupabat *l. 9. d. castrens. pec. l. penult. Cod. eod.* Ex quo præsupposito jure confiscationis, cum hodie *post. Novell.* 118. filiusfam. quoque heredem ab intestato habeat, tentari posse videatur, quod hodie filiifam. damnati bona subjaceant confiscationi, cum vulgo dici soleat, quod correcta ratione legis, ipsa lex correcta intelligatur. Sed nimirum Justin. *in d. Novell.* 118. ad effectum, ut prior causa descendentium esset, ita constituit, minime autem patris jus in favorem fisci voluit mutatum. Et movent hanc objectionem *Dd. in dict. l. 3. Cod. d. bon. proscript.* & præ cæteris Salicet refert responsiones aliorum: quod leges correctoriæ non sint extendendæ: quod etiam non semper correcta ratione legis, pictum quoque correctum intelligatur: quod non satis evidenter constet, quæ fuerit ratio *dict. l. 3. Cod. d. bon. proscript.* quod publicentur bona quæ damnatus habuit secundum juris communis observantiam, non quæ habuit ex privilegio contra juris communis observantiam. Sed ipse Salicet. non insubtiliter aut ineleganter ita hoc expedire videtur (licet eius sententiam ex corruptissimo textu vix aliquis colligere possit) quod aut pater solus est, & filius deportatus liberos non reliquit, aut reliquit liberos & patrem. Illo casu patrem præferri fisco ex ratione juris antiqui, siquidem utcunque vocetur ex Novell. tanquam heres, non tamen prohibeatur, iuxta legem antiquam bona occupare jure potestatis & peculij: quo jure cum non impediretur olim pater uti, etiamsi ex testamento filii hereditas ipsi delata fuisset *l. pater qui. 17. §. 1. d. castrens. pecul.* nec debere hodie impediri, licet ei ab intestato hereditas deferatur. Hoc casu, licet videatur pro fisco facere, quod pater impediatur uti jure antiquo, propter descendentem, cui prius ab intestato hereditas defertur: tamen contra fiscum facere, quod cum viventis nulla sit hereditas, nondum etiam possit hereditas deferri liberis, sed hic quoque jure proprio occupetur à patre. Quæ ratio licet tantum militare videatur in filio deportato, ad quem casum propositum *in d. l. 3. C. d. bon. proscr.* à Salic. etiam tantum accommodari videtur: tamen non absurde etiam referetur ad casum filij ad mortem naturalem damnati: quoniam ex ratione juris ipso puncto sententiæ latæ non demum post executionem eius, jus fisci nascitur in persequendis & vindicandis bonis.

Et

Ex adverſo quæritur, an damnato patre cum cæteris bonis etiam publicetur peculium profectitium filii, itemque uſusfructus quem pater in bonis adventitiis filii habuit. In qua duplici quęſtione pravo judicio *Iaſ. in d. §. 10. Inſt. d. act.* uſus eſſe videtur, dum eos ſequitur, qui peculium quidem profectitium publicari negāt, ſed uſumfructum publicari affirmant. Etenim totum contrarium videatur eſſe ſtatuendum: publicari profectitium peculium, quippe quod conſtat pleno jure patris eſſe, dominii & poſſeſſionis jure *§. 2. nſt. per quas perſ. nob. acq.* non autem publicari uſumfructum, quippe qui ex communi jure mortuo fructuario, (deportatus autem ut in aliis juris partibus, ita & hic pro mortuo haberi poteſt) ad proprietatem recurrit, & cum ea conſolidatur. Et ſane qui peculium profectitium, quod totum patris eſt, publicari negant, non niſi inepte admittere poſſunt publicationem uſusfructus in peculio aduentitio: qua ratione utitur *Salicet. in l. ſi quis poſtbac. 9. §. ſi quid etiam. Cod. d. bon. proſc.* ubi amplius non tantum ſi damnato patre liberi ſui juris efficiantur, uſumfructum publicari negat, ſed etiamſi patria poteſtas, quin & ipſa adminiſtratio duret: quoniam commoditates conceſſæ ad tempus ex diſpoſitione legis, non veniant in publicationem bonorum. Idem *Salicet. in dict. l. 9.* cum Guilielmo de Cu defendit nec profectitium peculium publicandum eſſe. 1. propter rationem æqualitatis, quoniam caſtrenſe peculium damnato filio non publicetur. Sed inepta hæc ratio eſt: quoniam fit jure poteſtatis patriæ, quæ extra cauſam filii teſtato defuncti, etiam in caſtrenſi peculio poſt mortem filii patri integra relicta eſt. 2. quia peculium profectitium non ademtum filio eo tempore quo liberatur patria poteſtate, ei conceſſum & donatum videtur *l. donationes. trigeſ. prim. §. ſecundo, d. donat. l. 17. in f. Cod. d. collat.* Verum nec hæc ratio concludit: quoniam hoc fit propter factum patris emancipantis liberos, qui peculium pro inſtruenda nova familia penes illos relinquere velle cenſetur. Sed textus expreſſus penè eſt *in l. 3. §. ſed utrum in f. d. minor.* ubi dicitur, ſi fiſcus occupet bona patris ex cauſa debiti, filio ex conſtitutione Claudij peculium ſeparari: & cum adeo fiſci cauſa bona damnatorum perſequentis longe minus favorabilis ſit, quam ex contractu ſibi debitum petentis, longe facilius in noſtro caſu ſeparationem peculij admittemus.

An damnato patre publicetur peculio adventitio.

Et consequenter ad textum contrarium in *in l.1.* §.4. *in f. quando de pecul. act. annal. &c.* ubi patre deportato fiscus de peculio teneri dicitur: respondendum erit cum *Salicet. in dict. l.9.* quod fiscus teneatur ea actione summo jure, tanquam heres & successor deportati, non autem quod peculium penes se habeat: sicut & alius heres, licet servus cum peculio legatus fuerit, eâdem actione tenetur, utcunque penes eum peculium non sit *d. l.1.* §. *item heres* 7. itaq; sicut in specie *d.* §. 7. legatarius heredi, ita in specie *d.* §. 4. filius fisco eo nomine cavere tenebuntur.

Imò nec legitima liberorum.] Dixi iam supra lit. B. in f. quod si statuto publicentur bona, excepta intelligatur legitima ascendentium & descendentium: ut hæc otiosa repetitio videatur. Jure nostro olim ita obtinuit, ut legitima liberorum excepta non esset, sed ex humanitate tamen liberis partes darentur *l.1. & 7. d. bon. damnat.* ubi refert JCtus *in* §. *tertio,* quod aliquando boni Impp. pluribus liberis omnia bona reliquerint. Et hinc non videtur affirmari posse indefinite, legitimam liberorum non publicari: quoniam non est æs alienum aut debitum ex conventione, sed abusive ita appellari solet, quia ex universa hereditate liberis debetur. Et consequenter difficilius defendetur, ascendentibus legitimam relinqui.

Vt nec dos.] Si salva civitas maneat aut confiscatio sola irrogetur, humanitatis erit, aliquid relinquere fœminæ loco dotis, ut nubere possit. Sed quod apparet ex cit. *Geil. libro secundo, d. pac. public. capit.* 16. *numer. ultim.* longè aliud hic dicit Treut. quod damnatio irrogata mulieri, non noceat marito, quo minus lucrum dotis salvum ipsi maneat, quod scilicet ipsi non ex successione, sed ex conventione jure quæsito debetur. Quo argumento recte etiam defendit Salicet. *in l.3. Cod. d. bon. præscript. num.5.* quod etiam profectitia dos, licet alicubi proprium patrimonium filiæ dicatur, in præjudicium patris non publicetur: quia nihilominus patris est, & hic utique jus commune cum filio dotem repetendi habet: & licet culpa filiæ noceat patri, quoad effectum, ut dos marito acquiratur, ut dict. loc. tradit Salicet. non tamen protinus rationis est, ut etiam delictum & damnatio uxoris noceat marito, ad effectum ut fiscus occupet dotem: extra tamen quinque crimina quæ notat *Geil. dict. loc. ex l.3. d. bon. damnat.* ex quibus proculdubio dos in præjudi-

judicium patris & mariti publicabitur: ad quos videlicet ad patrem profectitia, ad maritum adventitia dos jure veteri pertinebat: ut proinde dubitari hodie possit, annon hodie dos adventitia regulariter publicanda veniat, postquam ea dos non amplius mariti lucro cedit, sed ad heredes uxoris transmittitur *l. unic. §. illo procul. 6. Cod. d. rei uxor. action.*

Et universaliter.] In universum confiscari negat, quæ prohibita sunt alienari. Ratio esse videtur, quia prohibitio fit in favorem tertij, & ex causa ultimarum voluntatum inducit fideicommissum: bona autem restitutioni obnoxia non publicantur si gravatus deliquerit: ad quod aliquid facit cit. *l. 12. in princ. de fideicommissariis libertat.* Et consequenter, si plures in quorum gratiam alienatio prohibita fuit, damnentur, vel nullus alius supersit, ista quoque bona confiscabuntur.

Bona tamen à reo.] Quatuor tempora & quasi gradus hic sunt considerandi: rei damnati, rei criminis postulati ante damnationem, rei ex solo delicto ante postulationem, & rei futuri ante delictum commissum. De reo damnato constat, eum nihil alienare posse: constat item de altero extremo, liberum alienandi jus esse, nisi quis cum jam scelus meditaretur, in fraudem fisci aliquid alienasse probetur, ut notat *Gomez. 3. resolut. 14. numero* 4. De reo criminis postulato, responsum est *in l. reo criminis 41. d. solut. l. aufertur. 46. §. 6. de iure fisci*: eum bona sua administrare posse, & recte ei solvi. Ex quo inferre videtur Treut. eum etiam recte alienare, ut nec revocationi alienatio sit obnoxia: quæ sententia est *Gomez. dict. loc.* ubi quod de jure alienandi post delictum commissum dixerat, ampliat obtinere, etiamsi jam criminis fuerit postulatus: & quidem citra periculum revocationis: siquidem excipit solum casum alienationis factæ post sententiam, & itidem à jure administrandi ad jus alienandi argumentatur, tum etiam hoc argumento utitur, quod bona rei postulati non sint obligata fisco. Verum istæ rationes nihil concludere videntur, & ea vel maxime quæ ducitur à jure administrandi ad jus irrevocabile alienandi, utcunque ipsum dominium cum administratione coniunctum esse proponas: quin imo quod dictis textibus administratio conceditur, jus liberum alienandi tacite negari videtur, Enimvero qui ære alieno oppressus est, dominium

& administrationem habet, à quo tamen alienata in fraudem debitorum revocantur: constat autem alienata quoque in fraudem fisci revocari *l. in fraudem 45. in princip. d. iur. fisc.* & si ex præsumtione fraudis revocantur bona ante delictum commissum alienata, multo magis hoc in istis terminis obtinebit, in quibus alienatio in dubio in fraudem fisci facta, non immerito præsumi potest. Fac. in *argum. textus in l. 7. §. secundo, d. bon. damn.* ubi dicitur fraudis causa censeri factam adoptionem, etiamsi quis non in reatu, sed metu imminentis accusatoris adoptaverit. Et proinde nec illa ratio à negata hypotheca quidquam concludit: quoniam ad revocanda bona in fraudem alienata, nihil necessum est, ea hypothecæ esse obligata. Et juvat quod JCtus *in d. l. 41. d. solut.* cur reo criminis solvi possit, hanc rationem reddit, quod aliàs multi rei necessariis subsidiis & alimentis egerent: quæ ratio hic cessat: quoniam alienationem neque nullam, neque simpliciter reuocari dicimus, sed eius esse vires interim in suspenso, ita ut si reus absolvatur, ea retro semper valida fuisse censeatur: sequuta autem condemnatione revocetur, quod tunc conscientia criminis in fraudem fisci facta præsumatur. Quam quidem sententiam non obscure probare videtur *l. post contractum* 15. *d. donat.* in qua Gothofred. tres diversas lectiones notat: primam Florentinam: *donationes post contractum crimen capitale factæ, non valent, nisi condemnatio sit sequuta*, quæ manifesto vitiosa lectio est, quia condemnatio non ad confirmandum, sed ad annullandum potius valet. 2. vulgatam: *damnationes factas valere nisi condemnatio sit sequuta*. 3. Haloandrinam: *donationes non valere si condemnatio sit sequuta*. Utriusque huius eadem plane sententia est, hæc nimirum: eum qui in reatu est posse quidem donare de facto, ut interim pendeat donatio, quæ ex eventu sequutæ condemnationis aut absolutionis vel in irritum recidat, vel retro pro valida censeatur, ut proinde constitutio Severi & Antonini, cuius mentio *in dict. l. 15.* non effecerit, ut initio nullæ essent donationes, sed ut condemnatione sequuta tanquam in fraudem factæ revocarentur. Et secundum hæc recte recipienda & explicanda est *l. 7. d. mort. caus. donat.* si quis, inquit JCtus, mortis causa donaverit, & pœna capitis fuerit affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis cæteræ donationes sine pœnæ suspicione factæ, valeant: ubi videlicet ita oppo-

opponitur donatio mortis causa donationi inter vivos, ut illa revocetur, etiamsi facta sit sine suspicione pœnæ: quoniam hæc donatio per se imperfecta est, & multis de causis revocabilis: inter quas etiam hæc est, si testator capitis fuerit damnatus: sed donatio inter vivos statim perfecta est, eoque tum demum in nostris terminis revocatur, si iuxta *dict. l.* 7. si facta ex suspicione pœnæ, & videlicet, ut intelligo, ante postulatiouem criminis: qui casus facilius potest habere bonam fidem, quam casus, quo iam crimen in judicium deductum est: quamvis à contrario sensu ex *d. l.* 7. *d. donat. mort. caus.* probetur, revocari donationem mortis causa, factam etiam ante postulationem, modo suspicione pœnæ facta sit. Et ita limitanda erit *dict. l.* 15. *d. donat.* siquidem intelligimus donatum fuisse, antequam quis reus criminis postularetur: licet magis *dict. l.* 15. explicanda videatur de casu rei iam postulati, quoniam immediate condemnatio sequuta proponitur. Obiicitur autem amplius *l.* 20. *d. accusat.* ubi videtur speciale statui in criminibus læsæ majestatis & repetundarum: ut videlicet ex quo quis tale crimen contraxit, nihil de bonis suis alienare possit: exceptio autem arguit regulam esse in contrarium. Verum admitti potest, hoc esse speciale, ut simpliciter à contracto crimine factæ alienationes non valeant statim, cum ex cæteris causis tantum ex suspicione pœnæ factæ, revocentur: sicut & amplius in crimine majestatis hoc speciale est, ut reo nec solvi quidem possit, juxta notata *disputatione* 29. *thes.* 2. *lit.* F. Sed & non sequitur, absolute hoc in dictis criminibus esse speciale, sed fortassis in specie de jam dictis criminibus *in dict. l.* 20. *d. accusat.* id ita proponitur, quia juxta eam legem speciale est, ut etiam post mortum eorum crimina peragantur, & bona heredibus auferantur: ex quo JCtus constitutionem Severi & Antonini *in dict. l.* 20. ad ea crimina in specie videtur applicasse quam generalem fuisse satis colligitur *ex dict. l.* 15. *d. donat.*

THESIS VIII.
& Vltima.

LIT. A. B. & C.

Proponuntur hac th, modi, quibus, sed non eadẽ ratione crimen-

men vel eius persecutio tollitur. Generalis modus est abolitio, quæ in specie & proprie esse videtur accusationis iam institutæ & criminis in judicium deducti sublatio: quamvis Treut. generalius hoc verbo *utatur* pro quacunque sublatione, etiam quæ fit lapsu temporis. Et hoc sensu alia est perpetua per præscriptionem: alia temporalis, quæ ab instantia liberat, & interim accusationem inhibet & suspendit, ita ut postmodum vel priori accusatori vel alij jus repetendi fiat, intra 30. dies, eosque utiles videlicet ex quo V.C. feriæ finitæ fuerunt *l. 3. §. vltim. d. accus.* & quidem sine novo processu, si idem sit accusator: secus enim fuerit, si alius reum repetere velit desistente priori: quod interveniente abolitione citra pœnam facere licet *l. 12. ad SCtum Turpill.* Sub lit. C. mancus videtur Treut. quoniam & illa privata abolitio est quæ fit propter vitium libelli *l. 3. §. 1. d. accusat.* in cuiusmodi terminis non proprie dicitur crimen tolli per abolitionem: quomodo Treut. loquitur in princ. thes. & omnibus sequent. speciebus accommodat. De illo constat quod lit. A. proponitur, non aboleri vel tolli crimen per pœnitentiam: quoniam hæc quidem operatur in foro poli ut Deus remittat culpam, sed non in foro civili, *Covarr. in c. Rainut. d. testam. in pr. nu. 27.* cæteroquin omnes pene rei, quos post delictum perpetratum ubi in judicium trahuntur pœnitentia subire solet, elaberentur.

LIT. D.

Hors. rej. Proponit hic speciem abolitionis legalis, cuius ad abolitionē publicam aut mala aut ambigua est oppositio. Huius modus unus est, mors litigatorum, & primo rei, ad quod præter alios textus adducitur *l. 3. d. public. iudic.* circa quam levis est controversia quam hic attingit Treut. de eius lectione. Et Florentina, quæ habet, *permittitur*, sine dubio est vitiosa: eoque Hottom. cum Haloandro vult legi, *non permittitur*: sed eius contra vulgatam lectionem, quæ habet, *perimitur*, levis obiectio est, quod ita necesse sit præsupponere iam cœptam esse accusationem: vel quia nihil absurdi est, de hoc respondisse ICtum, vel quia sicut actio, ita quoque accusatio, licet nondum in judicium deducta perimi dici potest. Et est hæc per mortem rei contingens abolitio, omnino liquida, quoniam pœna & imperium merum, nisi aliquando in exemplum, non exercetur in cadavera, ut hic notat Treut. in F. lit. & tracta-

tum est *supra part.1.disput.3.thes.5.lit.B.* ut paulo pinguius dicatur à Treut. *nisi tale crimen sit, cuius actio duret adversus heredes:* quoniam adversus hos accusatio nulla est, sed aliquando simpliciter cognitio criminis peragitur, ad effectum, ut bona fisco vindicentur, veluti in crimine majestatis, (in quo etiam hoc speciale quod memoria mortui damnatur, de quo *disputatione sequent. th. 1.*) repetendarum *l. 20. d. accusat.* & alia in quibus principalis quæstio ablatæ pecuniæ movetur, veluti peculatus, de residuis *l. ultim. ad l. Iul. peculatus*, in qua judicia hæc adversus heredes exerceri dicuntur, quatenus scilicet hi, ut bona retineant, causam cum defuncto cœptam defendunt: neque enim dubitari debet, quin *dict. l. ultim.* de casu judicij cum reo cœpti sit accipienda.

Morte accusatoris.] Dicitur hoc casu petente reo aboleri eius nomẽ quod defunctus detulerat *l.3.§.vltim.d.accusat.* ut tamen jus sit alij reum repetendi intra 30. dies utiles, ex quo videlicet accusatorem mortuum esse scivit *dict.l.3.§. vltim.* ad quod rectissimè Treu. novum processum requirit, siquidem procul dubio nova postulatione, novo libello & subscriptione opus est. An autem hoc casu accusatore mortuo judex ex officio procedere possit, quod affirmat Treut. ab ea quæstione pendere videtur, an processus inquisitionis regulariter sit permissus, de quo actum supra thes. 1. lit. E.

Mors accusatoris.

Lit. E.

Præscriptione 20. annorum.] Regularis hæc præscriptio in criminibus est *l. 12. Cod. ad L. Cornel. de fals.* Excipitur crimen adulterij, peculatus, apertionis tabularum contra SCtum *l. 7. ad L. Iul. peculatus l. 13. d. SCt. Syllaniano disputatione sequent. thes. 2. lit. G.* qua de causa Impp. *in dict. l. 12.* addiderunt particulam, *ferè.* Sed nimirum ea particula rectè ab Accurs. etiam eo refertur, quod quorundam criminum persecutio perpetua sit, & nec 20. annorum præscriptione tollatur: veluti parricidij *l. ultim. ad L. Pompei. d. parricid.* suppositi partus *l. 19. §. primo, ad l. Cornel. d. fals.* Neque enim assentior ijs qui ad *dict. l. 19* ubi dicitur, crimen hoc nulla temporis præscriptione tolli, adjiciunt limitationem, *nisi vicennali*: quæ limitatio violenta est, & à mente JCti aliena: & si

Præscriptione

Ppppppp

quædam crimina tempore minori tolluntur, nihil absurdi est exceptionem *dict. l. 12. Cod. d. fals.* ita exaudiri, ut quorundam criminum persecutio, etiam ultra 20. annos porrigatur: & in crimine parricidij atrocitas summa est, in crimine suppositi partus specialis ratio, quod istud, ut ita loquar, habet tractum successivum, & semper nocet V. C. iis, ad quos aliàs hered tas pertinuisset: qua de causa etiam speciali ratione, ea quoq; mortua quæ partum supposuisse dicitur, exercetur *d. l. 19. §. 1. ad L. Cornel. d. fals.* Et hanc Accurs. opinionem *in d. l. 12. Cod. d. fals.* probat Salic. ibidem, ubi hanc interpretationem semper certam fuisse ait. Illud omninò probo, quod per præscriptionem non tantum ius accusandi, sed etiam inquirendi tollatur: quoniam inquisitio subrogatur in locum accusationis, & aliàs revera præscriptio hæc esset nulla, cum effectu nihil intersit, an reus à privato an à magistratu in judicium vocetur.

Ea tamen non completa.] Vera hæc sententia est, non debere proficere ad mitigãdam pœnam reo, quod longiori tempore post delictum commissum accusatus fuit: cum potius gratulari sibi debeat, quod tamdiu admissum tulerit impune: frustra enim hic ad tormenta conscientiæ, quæ forte interim reus sustinuit, recurras. Et ad istud tamen probandum non multum facere videtur *c. cum haberet in f. de eo qui duxit in matrimonium &c.* vel quia haud scio an constitutiones Pontificum habendæ sint hac in re pro authenticis: vel quia ibi tractatur de crimine continuato, & quod habet tractum successivum, cuiusmodi est cohabitatio canonibus prohibita: veluti proculdubio plus peccat, qui diutius cum adultera cõsuescit: quæ distinctio ab Accurs. & Bart tradita *in l. si diutino 25. in pr. d. pœn.* in se quidem vera est: sed quæstio generalis est de quocũque delicto, an ideo, quod quis serius accusatus est, mitius debeat puniri: quod Accurs. cum se variè involvisset, tandem concludendo affirmat, dum ait mitius puniri eum qui accusatus ante decennium homicidium commisit, quam qui heri: sed ipse & sequaces non obscure falluntur, dum opinionẽ istam probari putant *ex d. l. 25. in pr. d. pœn.* ubi J Ctus pœnam eius sublevandã esse respõdit, qui diutino tempore in reatu fuit: etenim lapsi sunt Dd. ignorantia phrasis, *in reatu esse*, ut verissimè annotavit *Bud. ad d. l. 25.* cuius verba non

non pigebit ascribere. Reatum esse, inquit, dicimus statum & conditionem reorum, hoc est habitum demissum, pannosum, squalidum & misericordiæ aucupatorem: unde reorum sordes sorditatiq; rei dicebantur. Sententia itaq; est, in eum mitius animadvertendum qui diu sordidatus fuerit: id quod evenire solet, aut judicum consilio, in diem longiorem judicium reiicientium: aut pro re nata, si, quia de causa plane non liquebat, reus sæpius ampliatus est: pars enim pœnæ visa est, longa temporis intercapedo in conspicua & miseranda calamitate. Hactenus Budæus. Cuius sentẽtia perspicuè confirmatur *ex l.7. §.2. d. bon. damn.* ubi expresse reatus opponitur tempori nondũ institutæ accusationis: facit quod *Sueton. in Augusto c.32.* diuturnorum, inquit, reorum, & ex quorum sordibus nihil aliud quam voluptas inimicis quæreretur, nomina abolevit. Et hanc tamen ferè sententiã quosdã olim secutos, & *d.l.25.* de iis qui diu V.C. in carcere fuissent, explicasse. Acc. ibid. refert.

Lit. F.

Instantia peremta.] Peremta videl. per temporis lapsum, ex *l. properandum.13.C.d.iud. & ex l.ult.C.ut intra certum tempus.* ubi post duos annos jubetur absolvi reus. Videtur autem Tr. quæstionem in genere tractare, etiam de causis civilibus, quib. *ex d.l.13.* trienniũ præfinitum est: quoniam de hac in causis civilib. instantia tractat pro dissl. citatus *Mynsi.2.obs.48.* quod hodie nunquam observari cõstat: & de jure Can. cõtra Tr. textus est *in c.20.d.iud.* ubi dicitur, nõ obstante exceptione triennij, in causa tamen esse procedendum. Et quamvis major ratio sit, ut quam citissimè causæ criminales expediantur, attamen processus hodiernus certo præcisè termino se constringi vix patitur. Illa quoque quæstio, an tempus præfinitum *in d.l.13.C.d. iud.* consensu partium possit prorogari, hinc aliena est, de qua aliquid dictum supra *p.1.disp.12.th.15.lit.B.*

Lit. G.

Qui citra abolitionem desistit, punitur.] Duplex ratio videtur, propter quam non impunè à persecutione criminis desisti voluit senatus: tum ne ipsi accusatores calumniæ pœnam, tum ne rei delicto debitam pœnam evitarent: quod contingeret, si accusatoribus probationes forte instructas habentibus, pro libitu desistere liceret. Excipit hic Treut. minorem & mulierem: & hoc

quædam crimina tempore minori tolluntur, nihil abſurdi eſt exceptionem *dict. l. 12. Cod. d. falſ.* ita exaudiri, ut quorundam criminum perſecutio, etiam ultra 20. annos porrigatur: & in crimine parricidij atrocitas ſumma eſt, in crimine ſuppoſiti partus ſpecialis ratio, quod iſtud, ut ita loquar, habet tractum ſucceſſivum, & ſemper nocet V. C. iis, ad quos aliàs hereditas pertinuiſſet: qua de cauſa etiam ſpeciali ratione, ea quoq; mortua quæ partum ſuppoſuiſſe dicitur, exercetur *d. l. 19. §. 1. ad L. Cornel. d. falſ.* Et hanc Accurſ. opinionem *in d. l. 12. Cod. d. falſ.* probat Salic. ibidem, ubi hanc interpretationem ſemper certam fuiſſe ait. Illud omninò probo, quod per præſcriptionem non tantum ius accuſandi, ſed etiam inquirendi tollatur: quoniam inquiſitio ſubrogatur in locum accuſationis, & aliàs revera præſcriptio hæc eſſet nulla, cum effectu nihil interſit, an reus à privato an à magiſtratu in judicium vocetur.

Ea tamen non completa.] Vera hæc ſententia eſt, non debere proficere ad mitigãdam pœnam reo, quod longiori tempore poſt delictum commiſſum accuſatus fuit: cum potius gratulari ſibi debeat, quod tamdiu admiſſum tulerit impune: fruſtra enim hic ad tormenta conſcientiæ, quæ forte interim reus ſuſtinuit, recurras. Et ad iſtud tamen probandum non multum facere videtur *c. cum haberet in f. de eo qui duxit in matrimonium &c.* vel quia haud ſcio an conſtitutiones Pontificum habendæ ſint hac in re pro authenticis: vel quia ibi tractatur de crimine continuato, & quod habet tractum ſucceſſivum, cuiuſmodi eſt cohabitatio canonibus prohibita: veluti proculdubio plus peccat, qui diutius cum adultera cõſueſcit: quæ diſtinctio ab Accurſ. & Bart tradita *in l. ſi diutino 25. in pr. d. pœn.* in ſe quidem vera eſt: ſed quæſtio generalis eſt de quocũque delicto, an ideo, quod quis ſerius accuſatus eſt, mitius debeat puniri: quod Accurſ. cum ſe variè involviſſet, tandem concludendo affirmat, dum ait mitius puniri eum qui accuſatus ante decennium homicidium commiſit, quam qui heri: ſed ipſe & ſequaces non obſcure falluntur, dum opinioné iſtam probari putant *ex d. l. 25. in pr. d. pœn.* ubi JCtus pœnam eius ſublevandã eſſe reſpõdit, qui diutino tempore in reatu fuit: etenim lapſi ſunt Dd. ignorantia phraſis, *in reatu eſſe*, ut veriſſimè annotavit *Bud. ad d. l. 25.* cuius verba non

non pigebit ascribere. Reatum esse, inquit, dicimus statum & conditionem reorum, hoc est habitum demissum, pannosum, squalidum & misericordiæ aucupatorem: unde reorum sordes sorditatiq; rei dicebantur. Sententia itaq; est, in eum mitius animadvertendum qui diu sordidatus fuerit: id quod evenire solet, aut judicum consilio, in diem longiorem judicium reiicientium: aut pro re nata, si, quia de causa plane non liquebat, reus sæpius ampliatus est: pars enim pœnæ visa est, longa temporis intercapedo in conspicua & miseranda calamitate. Hactenus Budæus. Cuius sentẽtia perspicuè confirmatur *ex l. 7. §. 2. d. bon. damn.* ubi expresse reatus opponitur tempori nondũ institutæ accusationis: facit quod *Sueton. in Augusto c. 32.* diuturnorum, inquit, reorum, & ex quorum sordibus nihil aliud quam voluptas inimicis quæreretur, nomina abolevit. Et hanc tamen ferè sententiã quosdã olim secutos, & *d. l. 25.* de iis qui diu V. C. in carcere fuissent, explicasse. Acc. ibid. refert.

Lit. F.

Instantia peremta.] Peremta videl. per temporis lapsum, ex *l. properandum. 13. C. d. iud. & ex l. ult. C. ut intra certum tempus.* ubi post duos annos jubetur absolvi reus. Videtur autem Tr. quæstionem in genere tractare, etiam de causis civilibus, quib. *ex d. l. 13.* trienniũ præfinitum est: quoniam de hac in causis civilib. instantia tractat pro diss. citatus *Mynss. 2. obs. 48.* quod hodie nunquam observari cõstat: & de jure Can. cõtra Tr. textus est *in c. 20. d. iud.* ubi dicitur, nõ obstante exceptione triennij, in causa tamen esse procedendum. Et quamvis major ratio sit, ut quam citissimè causæ criminales expediantur, attamen processus hodiernus certo præcisè termino se constringi vix patitur. Illa quoque quæstio, an tempus præfinitum *in d. l. 13. C. d. iud.* consensu partium possit prorogari, hinc aliena est, de qua aliquid dictum supra *p. 1. disp. 12. th. 15. lit. B.*

Lit. G.

Qui citra abolitionem desistit, punitur.] Duplex ratio videtur, propter quam non impunè à persecutione criminis desisti voluit senatus: tum ne ipsi accusatores calumniæ pœnam, tum ne rei delicto debitam pœnam evitarent: quod contingeret, si accusatoribus probationes forte instructas habentibus, pro libitu desistere liceret. Excipit hic Treut, minorem & mulierem: & hoc

An mulier desistens incidat in SCto Turpill.

ampliat etiamsi mulier suam suorumve iniuriam persequatur: quæ ampliatio inconcinnior videri possit, quippe ex qua efficiatur, facilius incidere in SCtum mulierem, si suam suorumve iniuriam persequatur, cum tamen potius ei ignoscendum videretur, quæ proprium dolorem ulcisci voluit. Et esset sane inconcinnior in aliis personis quæ jus accusandi habent: sed in muliere rectè se habet, quæ non nisi vindicandæ propriæ iniuriæ gratia accusare potest: extra quem casum si de facto admissa sit, & destiterit, cum accusatio nulla & pene illicita fuerit, merito non incidit in SCtum, quia conscientia facti illiciti destitisse præsumetur. Et hoc ita traditur *in l. prima, §. accusationem. 10. SCtum Turpill.* ubi ostenditur quod cæteri quidem non excusentur, utcunque non rectè instituerint accusationem, sed excusentur minores & mulieres favore ætatis & sexus, propter quæ à jure accusandi removentur, ut traditum est supra *thes. 3. lit. F.* Qua de causa iuxta *d. §. decim.* si non persequendæ iniuriæ propriæ causa instituerint accusationem, & destiterint, non incidunt in SCtum. Ex quo, ut & notatum supra *disputation. 9. thes. 4. lit. E. Iacob. Curt. 2. verosimil. 27. Anton. Fab. 2. coniect. 20.* ducto argumento à contrario sensu, inferunt, si mulier ab accusatione vindicandæ propriæ iniuriæ causa, instituta, destiterit, eam incidere in SCtum, eoque emendato textu *in l. quartæ, ad SCtum Turpill.* legi volunt, *non iniuria propria.* Sed ferendum non est, ut ab eiusmodi collectione inferatur ad corrigendum textum: vel ideo, quod JCtus *in dict. l. prima, §. decimo,* tantum casum illum tractat, quo accusator obiecta exceptione vel temporis vel personæ, poterat repelli, ideoque etiam tantum respondet ibi de casu mulieris non persequentis propriam iniuriam: aliàs non negaturus idem in altero casu obtinere. Etenim nemo non videt, utrumque verum esse posse, ut utroque casu mulier desistens non incidat in SCtum: altera quia inutilis accusatio fuit: altera, quia justo dolori ignoscitur, adjuvante etiam fragilitate sexus, propter quam inconsulto calore ad accusandum prosiliisse creditur. Neque obstat textus quo amplius illi autores moventur *ex l. quinta, Cod. ad SCtum Turpill.* quoniam intelligendus est cum Cyn. Salicet. & aliis *in l. si ea Cod. qui accusare non poss.* de fœmina, quæ pre-

tio corrupta ab accusatione destitit: quæ eadem Cujac. responsio est *libro vigesimo, observat.* 8. quod mulier ibi fuerit turpiter depecta. Non obstat etiam quod *in l. 16. Cod. d. adult.* dicitur maritum qui accusavit adulterum uxoris, si desistat, incidere in Turpillianum: etenim alia mariti, alia uxoris propter infirmitatem sexus ratio est. Cæterum extra hanc controversiam contra decisionem *dict. l. 16.* scrupulum movet, quod maritus videtur accusare sine periculo calumniæ *l. 37. in princip. d. minor.* de quorum autem calumnia agi non potest, eos desistentes non incidere in SCtum, in genere responsum est *l. 15. §. secundo, ad Turpill. facit l. quarta, Cod. d. calumn. l. ultim. d. public. iudic.* nisi cum *Accurs. in d. l. 37. d. minor. Salicet. & aliis in dict. l. 16. Cod. d. adulter.* inter calumniam evidentem & non evidentem distinguas, de quo dicemus aliquid *disputatione sequent. thes. 2. lit. H.* Hinc autem, & per d. regulam *l. 15. §. secundo, ad Turpill.* (de cuius vera explicatione v. locum iam citatum) confirmatur, quod mulier suam suorumve iniuriam persequens non incidat in Turpill. si ab accusatione cœpta desistat: quoniam hoc casu non tenetur subscribere in crimen *l. 12. Cod. qui accus. non poss.* & accusat sine periculo calumniæ *l. 2. Cod. d. calumniat.* ut inde appareat errare *Robert. 1. recept. lect. 25,* ubi contrarium affirmat & *l. 4. ad Turpill.* ad mulierem quæ simpliciter denuntiavit, non autem accusavit, restringit.

Destitisse id dicitur.] Ait eum destitisse dici qui crimen publici judicij detulit, & causa criminis ordinata cum adversario de compositione locutus est. Quæ definitio particularis est, quia procul dubio etiam hic dicitur destitisse, qui nihil etiam cum reo de compositione egit, & crimen persequi omisit, quod probatur ex ipsis cit. textibus *in l. 6. §. 1. ad Turpill. l. 1. Cod. eod.* Duplex autem limitatio ex jam relatis verbis colligitur. 1. quod ille demum incidat in SCtum qui desistit à judicio publico: in privatis autem cessat quidem Turpill. sed non omnis tamen pœna, quoniam officio judicis extra ordinem desistens punitur, qui destitit à persecutione delicti privati criminaliter intentati *l. si quis 7. §. primo, ad Turpill.* Altera limitatio est, quod incidat in SCtum qui destitit post causam ordinatam, id est, postquam ea intervenerunt, quæ proponuntur *in l. 1. Cod. ad Turpill.* quamvis communius opinen-

Destitisse ... post accusationem de compositione locutus e.

tur Dd. ex mente SCti etiam eum teneri, qui desistit ante litem contestatam, ut tractat *Glos. Salicet. in dict. l. 1. C. ad Turpill.* Tertia limitatio colligitur ex verbis sequent. *quod etsi in causis omnibus &c.* quod SCtum Turpill. pertineat tantum ad eas causas & delicta, quibus non irrogatur mors naturalis: quoniam de cæteris transigere permissum est, iuxta notata supra *part. 1. disp. 7. thes. 5.* quo etiam pertinet quod in parenthesi Treut. ait, de crimine falsi: quibus verbis digitum intendit ad eam controversiam, an etiam super crimine falsi liceat transigere, & an verba *l. 18. Cod. d. transact. in f. citra falsi exceptionem,* sumantur exceptivè, de quo actum *d. thes. 5.* Et tamen fortassis tentaverit quis, quod etiam ad capitalia delicta pertineat SCtum Turp. quoniam aliàs longè majori effectu transigeret accusator quam reus, qui procul dubio ab alio repeti potest: sed accusator omnino calumniosè fortassis institutæ accusationis nullam pœnam sentiret.

Quod etsi in causis omnibus &c.] Ita habent verba Tr. quod etsi in causis omnibus, quibus mors naturalis non infligitur, verum est, ita ut & reus qui accusatorem corrupit pro victo habeatur, tamen heredibus eius defensio non adimitur. Hactenus ille. Sed videntur ista non bene connecti: quoniam illud de reo, nihil pertinet ad actorem desistentem, qui etiam non corruptus à reo desistere potest: & minus huc pertinet, quod de defensione sive reo sive heredibus eius concedenda adiicitur. Sed Tr. captavit occasionem inserendæ istius controversiæ, si reus corrupto accusatore decesserit, an audiantur heredes probare volentes innocentiam rei, ad hunc videl. effectum, ne bona confiscentur. Et quidem ipse reus in non capitalibus corrumpens accusatorem pro confesso & convicto est, adeoq; bona eius occupabit fiscus *l. eius qui. 29. in pr. d. iur. fisci*; cæteroquin quoad pœnam deportationis vel aliam irrogandam iniquum videtur non admitti reum ad probationem innocétiæ, ad excludendam præsumtionem, quæ ex corruptione contra eum militat: veluti juxta notata supra *th. 4.* eius qui post annum revertitur, bona quidem penes fiscum manent, sed probatio innocentiæ nō negatur. Et sane *d. l. 29.* loquitur de eo qui corrupit delatorem in causis fiscalibus: ut intelligamus quoad jus fisci eum pro convicto haberi: cum præsertim *d. l. 29.* possit accipi de simplici delatore

Si reus accusatorem corrupiens decesserit an admittantur heredes ad iudicandam rei innocentiam.

delatore bonorum, quæ ſæpe citra aliquod delictum publicum, veluti propter indignitatem incapacis fiſcus occupabat. Sed in caſu mortis rei, per quam expirat pœna, quæritur tandem de criminis defenſione heredib. concedenda, ne bona occupet fiſcus: quæ merito ipſis permittenda videtur, cum illo onere probandæ innocentiæ, cum aliàs reo mortuo extra caſus exceptos cognitio ſuper crimine expiret. Et hoc probatur ex *d.l.* 29. & generalius in terminis rei qui mortem ſibi conſcivit, *in l. ult. d. bon. eor. qui ante ſentent.* Sed obſtat *l.* 2. *in pr. eod. tit.* ubi dicitur eos qui corruptis accuſatoribus deceſſerunt, ut confeſſos de crimine, heredib. non relinquere defenſionem. Poſſit fortaſſis diſtinguendum videri, an quis corrupto accuſatore deceſſerit, an citra corruptionẽ accuſatoris mortem ſibi intulerit: quem pro confeſſo haberi ſimpliciter nusquam reſcriptum eſt: niſi conſcientia criminis eum id feciſſe probetur: & ex adverſo, ſi quis tædio vitæ vel impatientia doloris intulerit ſibi manus, omnimodò heredem habet *l.* 3. §. 4. *d. bon. eor. qui ante ſenten.* intermedius caſus eſt ſi de cauſa illatæ ſibi mortis dubitetur: in quo media quoq; obtinebit ſententia, ut ſi heredes innocentiam probare poſſint, bona iis relinquantur: ad quem caſum procul dubio pertinet *d. l. ult.* §. *vlt. eod.* Et ut modo dictum, *l.* 29. *d. iure fiſci*, poteſt intelligi de eo qui cum reus alterius criminis non eſſet, corrupit delatorem, non ut pœnam evitaret, ſed ut bona retineret. Sed & intereſſe videri poſſit inter ſimplicem delatorem & accuſatorem. Amplius etiam ſpeciale eſſe in crimine atrociſſimo latrocinij, de quo *in d. l.* 2. ſicut & tentari poſſit per d. text. in eo crimine nõ eſſe permiſſum corrumpere accuſatorem, & eſſe adeo hanc exceptionem *ad l.* 18. *C. d. tranſact.* neque enim video, quomodo verum eſſe poſſit, quod *Cuiac.* ſcribit *lib.* 6. *obſ.* 24. latrocinium non ſemper eſſe crimen capitale. Robertus 1. *recept. l.* 37. *&* 2. *animadu* 21. ſpeciale eſſe putat *in dict. l.* 2. *in princip.* quod reus ibi indicio quoque latronum vel delatione Irenarcharum fuerit gravatus: cui contradicit *Cuiac.* 15. *obſervatione* 24. *&* 2. *notat. ad animadv. Roberti* 22. ubi negatione addita legendum putat *in princ. dict. l.* 2. *rationis non eſt*: ſed ea emendatio non videtur conveniri rationi ibidem propoſitæ, quod reus talis habeatur pro confeſſo. Petrus Fab. *in l.* 86. *&* 87. *d. regul. iur. numero* 12. *&* 13. *dict. l. ſecunda*, ita explicare vide-

videtur, quod qui corrupto accusatore decessit, licet innocentia eius ab heredibus allegari queat, vix tamen iustam & probabilem defendendi causam heredibus relinquat, quippe quæ per præsumtionem iuris, ex corruptione accusatoris natam excludi videatur: nisi tamen heredes manifesto innocentiam eius demonstrent. Neque improbabile est quod *Conan. 5. comment. capite septimo, numero primo, in f.* argum. rubric. sæpe *dict, l. 2. in princ.* de eo explicat, qui corrupto accusatore postea insuper mortem sibi consciuit: ut cum hic duplici præsumtione gravetur, bona eius omnimodo, nulla audita defensione, merito debeant fisco vindicari.

AD

AD DISPVT. XXXII.

De

SPECIEBUS PUBLICORUM JUDICIORUM:

Respondente

ANTONIO Deublinger SPIRENSI.

THESIS PRIMA.

Lit. A.

L*Æsæ maiestatis.*] Ait esse hoc primum & atrocissimum publicorum criminum, idque duplex, majestatis divinæ & humanæ. Utique in Deo suprema & vel sola vera majestas est, in Principibus per quandam participationem: sed non videtur jure nostro publico judicio blasphemia vindicari: nisi eam referas sub crimen sacrilegii *argumen. l. 1. in princip. hoc titul.* ubi crimen læsæ majestatis dicitur esse proximum sacrilegio: & possit etiam hoc referri Novell. 77. ex qua blasphemia capite punitur. Lædi majestas dupliciter videtur. 1. quando quis sibi vindicat majestatem non debitam. 2. quando etiam citra hoc, majestatem vel eum in quo est, oppugnat: & hoc rursus dupliciter vel odio imperij & principatus, ut statum evertat aut mutet, vel odio imperantis & principis privato: quod postremum crimen minus atrox esse, ostendit *l. ult. h. t. & tradit Tr. lit. D. & E.*

Non proprie in beatam virginem.] Negat divinæ majestatis læsæ crimen committi in beatam Virginem & cæteros sanctos: ad quod probandum frustra adducitur *vers.4.cap.18.lib.2. Regum.* Neque enim serpens ille sanctus aliquis fuit, sed procul dubio à Judæis in memoriam liberationis in deserto, conservatus: quem destruxit optimus rex, quoniam Israelitæ ad Idololatriam eo abutebantur. Equidem Clar. & Damhuder. indefinitè affirmant, quod etiam in sanctos blasphemia dicatur, sed non, opinor, negabunt, quod cum utique non sint Deus, non eodem gradu in eos atque in Deum delictum hoc committitur: & ipse Treut. adiecto verbo, *propriè*, implicite idem, quod illi, affirmare videtur. Enimvero in nullum hominem etiam sanctissimum, sive vivum sive mortuum læsæ majestatis divinæ crimen per se committi potest: sed quatenus Deus sanctos suos coronavit, & quodammodo gloriæ suæ participes fecit, ipse quoque in illis lædi intelligitur: & magis etiam, quam princeps in consiliariis suis, de quo lit. C. quamvis consiliarij, sine quibus princeps esse non potest, partem quandam corporis principis & ipsius Reipubl. constituere videantur. Et magis obtinebit illud apud eos, qui sanctos invocant & venerantur, non tamen eodem gradu quo Deum, quippe cui λατρείαν, virgini matri ὑπερδουλείαν, cæteris sanctis δουλείαν tribuere solent: sed ista Theologis relinquamus.

LIT. B.

Olim in solo populo Romano.] Notum istud vulgatum, majestas populi, autoritas senatus: licet enim respublica Romana mixta, nec tamen omni tempore eodem modo fuerit, prævaluisse tamen constat statum popularem. Post mutato statu in Monarchicum, majestas esse cœpit in Impp. non amplius in populo Romano: quod falso statuit, & communicatam tantum principi à populo majestatem, contra omnem historiæ fidem scribit *Bocer.d. crim. maiest. cap.1. numero* 27. Et quod dicitur *in l.1. hoc tit.* respicit tum connexionem populi cum principe & utriusque securitatis, tum quod principes humani, licet omnis Reipubl. potestas penes ipsos esset, aliqua per conniventiam populo indulgebant. Status autem ille Imperij vulgo ad Germanos translatus esse creditur: ex quo Treut. ait, hodie in Imperatore proprie esse & lædi majestatem; & hoc videlicet in nostra Republ. cæteroquin dubitandum

tandum non est, quin apud alias quoque Respublicas & principes extra istud Imperium vera sit majestas: & ea tamen modo excellentior, modo minus excellens, prout status magis vel minus purus aut mixtus est. Et puerilis est eorum error, qui hodieque Imperatorem nostrum mundi dominum, omnesque pene principes & reges jure ipsi subiectos faciant, de quo etiam dictum supra *p. 1. disputat. 3 thes. 7. lit. C.* in quem errorem indicit *Bocer. d. crim. maiest. cap. 1. num.* 28. ubi eo respectu in alios reges crimen læsæ majestatis committi defendit, quod subditi quasi cives quidam Romani, & principes illi Imperatorem Romanum quodammodo repræsentare videantur: neque tamen negamus, esse aliquam prærogativam Imperij Germanico-Romani: qua in re politici quidam inter τὸ πόσον & τὸ ποιὸν distinguere solent. An autem imperium Germano-Romanicum hodie Monarchicum, an Aristocraticum, an ex utroque & quomodo mixtum, non est huius loci disquirere.

Vbi rectè à solis subditis.] In quocunque majestas est, in eo ab omnibus veneranda est, eoque extraneus quoque, non subditus, crimen læsæ majestatis committet: sed procul dubio non eodem gradu & æquè propriè, atque ille, qui principem suum offendit: quippe quod istud crimen relationem quandam subditi & magistratus desiderare videatur, quæ cessat in extraneo, maximè sub consideratione majestatis: & hæc sententia probatur à pontifice in *clem. 2. d. sentent. & re iud.* de qua prolixe agit *Alber. Gentil. disputat. 5. ad L. Iul. maiest.* cujus ibidem rationes pro diversa opinione, quod etiam ab extraneo vere committatur hoc crimen, nullius sunt ponderis: non illa quæ desumitur à verbo, *quisquis* in princ. *l. 5. C. h. tit.* non illa quæ petitur ex *l. 3. d. offic. præs.* quoniam procul dubio etiam in extraneum animaduertetur, sed non eadem atrocitate pœnæ: & habebit hic locum illud Senecæ: non ages mecum reipubl. læsæ, si senatorem Atheniensem occidero, sed cædis. Qualitas scilicet criminis facit, ut eo extraneus non teneatur: ideoque nec tertio quicquam movet, quod de sententia Impp. *in d. l. 5. C. h. tit.* objicit Gentil. quamvis quæ ibi de pœna in liberos porrigenda proponuntur, non nisi in subjecto locum habere videntur.

An autem clerici in magistratum laicum crimen hoc committant, recte animadvertit Tr. inde dependere, an sint ipsius sub-

diti. Et posita etiam juxta jus Canon. exemtione clericorum à jurisdictione seculari, impudentes tamen fuerint clerici, si prorsus omnem subjectionem negaverint, aut illi profecto in republ. cuius caput nullo modo agnoscant, non sint ferendi: neque illi negare possint, se utique in districtu & territorio principis esse, ex cuius prorsus potestate, omnem eum qui clericus efficitur, subduci, fuerit absurdum: vide autores citatos à *Bocer. d. crim. les. maiest. cap. 1. num. 18. & 19.* Plane propter potestatem Ecclesiasticam cui subsunt, non eod. gradu hoc crimen à clericis committi existimari possit.

LIT. C.

Superiorem recognoscentium.] Sunt istius rei gradus, & alij recognoscunt absolute, alij secundum quid: veluti principes Germaniæ, quos, licet non eodem gradu & excellentia, majestatis jura habere dum cum subditis suis conferuntur, deprehendere licet ex traditis supra *part. 1. disp. 3. th. 6. lit. E. & eadem p. 1. disputat. 23. th. 1. lit.* C. Nihil autem hic obstat *l. 1. ad L. Iul. maiest.* quoniam ibi intelligitur quid fieri contra magistratum, ut reipubl. status turbetur.

In consiliariis principis.] Omnino probanda videtur hæc distinctio, ne contra rationem idem statuatur in consiliariis & in principe, cuius utique jus potius potentius & fortius est, & in cujus persona longe magis reipubl. status periclitatur: neque consiliarij absolute, sed tantum qua tales, partem corporis principis constituunt: sed & amplius inter caput & membra lata differentia est: ut prorsus hac in re non sit admittenda comparatio principis & consiliariorum: de quibus ideo fortassis ita statuerunt *Impp. in l. 5. Cod. hoc tit.* quod aliàs existimari potuisset, nullum plane crimini majestatis in eorum persona esse locum. Et prorsus constitutio dura & aspera quam maxime fieri potest restringenda est, & verba stricte & commode explicanda: veluti & illa in pr. eius *l. cuius libet qui nobis militat*: quæ de ducibus exercituum recte ibidem explicat Gothofred. Vtique extra istam quam diximus considerationem definitio criminis huius in persona consiliariorum non invenit locum. Quod de servis quidam hic objiciunt, rectius retorquetur: quoniam servis fere non nisi respectu dominorum iniuriam fieri constat. §. *patitur institut. d. iniur.*

& aliàs

& alias quoque ad atrocissimum hoc crimen non recte fit illatio à diversis.

LIT. D. & E.

Duas ex *l. ultim. hoc. tit.* huius criminis Treut. species facit: alteram quæ in specie vocatur perduellio, directo tendens ad eversionem status, & profecta ex odio non tam principis quam principatus, de qua *Treut. lit. D.* ubi quod tradit de eo qui hostibus nomen dat, intelligendum est eo fine dari, ut patriæ perniciem moliatur: alteram quæ in nomine generis subsistit, & magis est ab odio principis: sub quam speciem referenda videntur facta aliqua, quæ non directo tendunt contra statum, sed per ea tamen majestatem quis sibi arrogare videtur: dum ea videlicet facit & exercet, quæ non nisi ad eum pertinent, qui supremum jus in republ. habet: cuiusmodi sunt, privatos carceres habere *l. un. Cod. d. privat. carcer.* monetam cudere: quoniam hoc jus principale est, quia non nisi autoritate publica & sub imagine supremi principis moneta eiusque valor in republ. determinari debet argum. *l. 1. d. contrah. emt.* Et hinc Imp. Severus, ut fidem faceret Albino, quod in consortium Imperii adscitus esset, sub imagine eius nummos cudi jussit, ut refert *Herodian. lib. 2. inf.* & idem libro 1. quod Perennius hoc maxime apud Commodum convictus fuerit, quia nummos imagine sua signari curavisset. Hinc illud Trebellij in Gallienis: ubi comperit ab Odenato Persas vastatos, eum participato imperio Augustum vocavit, eiusque monetam cudi jussit. Vnde apparet, ita obtinere, etiamsi quis justi ponderis & valoris monetam cudat, de quo etiam agitur infra *thes. 8. lit. E.* Ex his autem læsæ majestatis speciebus, quæ contra rempubl. tendit & principem quà caput imperij est, semper severe exercenda est: cæteras species boni principes quam parcissime, sed tyranni acerrime exerceri voluerunt, & exercuerunt, vt videre est apud *Dion. lib 58. Plin. in Epist. & in Panegyr. ad Traian. & Tacit. passim. Sueton. in Tiber. c. 58. & in Domitiano c. 10.* & argumentum præbent *l. 5. 6. D. h. t. Alb. Gentil. disp. 2. d. crim. læs. maiest.*

Dua species [illegible]

LIT. F.

Vtriusque pœna.] Subiicit in exegesi: *ad quam quivis accusare probibiti recte postulant.* Dicere voluit, quod ad accusandum hoc

crimen quilibet admittatur: neque enim, licet id verba Treut. præ se ferre videantur, inter postulare & accusare hic distingui potest.

Modo probari liquidò poßint.] Hic de jure accusandi quæritur, quod cuivis competit: an autem probare possit, in facto positum est. Et pertinet ista limitatio ad aliam propositionem, quod ab omnib. rei majestatis necessario sint accusandi: hoc enim est quod ex Dd. tradit *Mynſ. 5. obſerv.* 40. capitis pœna teneri, qui sciens aliquid tractari contra rempubl. illud non revelat: ubi duplicem addit limitationem. 1. si modo crimen probare queat: quod nemo teneatur aliquid facere, ex quo ipsi periculum corporis immineat: hic autem ipse quoque accusator tormentis subjici potest *l. 3. C. h. tit.* 2. ut non teneatur quidem accusare, sed saltem denuntiare, ut inquisitio institui possit: etenim prior limitatio periculi plena videtur: vel quia interim dum expectat instructionem pleniorem, indiciũ possit esse serum: vel quia postea detecto crimine morator iste tanquam conscius criminis, (nam si simpliciter saltem cognovisse dicatur, non erit eidem pœnæ locus, argum. *l. 2. ad L. Pomp. d. parricid.*) posset rapi ad pœnam. Itaque Gomezij sententia qui citato loco 3. *reſol.* 2. *n.* 8. non aliter sed prorsus ita distinguit, an crimẽ probari possit necne, restringenda erit ad casum accusationis, in quo procedit ratio *l. 8. Cod. d. calumniat.* non esse commovendos animos judicum eo quod non potest ostendi. Textus ad hoc *in l. ultim. C. d. probat. & in l. 4. C. d. edend.* Et quamvis ex altera parte periculum sit, ne ita temerariis & calumniosis delationibus, causa præbeatur, attamen ratio hujus criminis exorbitat à regulis communibus: & cum in conscios pariter capitis pœna statuta sit *l. 5. §. pen. C. h. tit.* periculum est ne quis tacens & dissimulans pro conscio habeatur: & constat nec à consciis semper verè & plenè delictum probari posse. Et siquidem in parricidio æqualiter puniuntur conscij *l. utrum 6. ad L. Pompeiam d. parricid.* etiam & magis obtinebit in isto crimine, quod parricidio gravius est, quia fortiori obligatione quisque obstrictus est patriæ, pro qua defendenda etiam patrem occidere licet *l. minime. 35. d. religioſ.* Et omnes subditi respectum quendam servorum ad principem habent: servus autem non detegens & impediens perniciem, quam quis domino molitur, mortis reus est *l. 1. § ſi quis 18. & §. quid*

ergo

ergo 21. *ad SCtum Syllan.* Sed illa cautio hic adhibenda est, ut ne quivis qualitercunque scientes, pro consciis, quos coercet *dict. l.5.§. pen. C.h.t.* habeantur sed qui sunt adiuvæ consiliarij & instinctores *argum. l.3. inf. & d.§. pen. C.h.t.* quam verbi significationem multis aliorum autorum locis confirmat *Alber. Gent. disp. 3. d. crim. læsæ maiest.* Et in eiusmodi conscio verius videtur contra Tr. quod teneatur pœna capitali (Typographus apud Tr. scripsit corporalem) etiam si agatur de principe, qui secundum quid tantum ut paulo ante dictum lit. C. recognoscit superiorem. Etenim hîc conscium esse capitis pœnam meretur, quæ pœna non nisi per revelationem & delationem criminis potest evitari *d. l.5. §. ult. C.h.t.* In aliis qui simpliciter ex fama & relatione sciunt nec revelant, durior videatur pœna capitalis: nisi fortassis per eorum delationem periculum evitari posse vel potuisse appareat, & illi culpæ alicuius & per taciturnitatem approbationis argui possint. Etenim sicut in incendio communi, ita & hic magis omnes cives obligati sunt operam dare, ne quid respub. capiat detrimenti, & pro virili avertere periculum imminens. Atque ita defendi possit sententia Salic. *in l. 5. § id quod pen. C.h.t.* ubi etiam eum qui simpliciter scit, eadem pœna cum adiutore teneri statuit: quæ etiam post Bart. opinio est *Albert. Gent. disp. 4. d. crim. maiest.* ubi plures allegat, & inter hos *Alc. 8. parerg. 9.* qui contrarias hac in re Bald. & Bart. opiniones refert.

Singularis scientiæ species refertur à *Mynsing. 5. obs. 41.* in sacerdote qui delictum scit ex confessione. Et putat Mynsing. si quis confessus fuerit delictum committendum, teneri sacerdotem saltem in genere revelare nõ nominando personam. Verum quicquid hodie & strictius in hanc sententiam disputetur, non video quomodo aliud obiectũ confessionis esse possit, nisi cõmissa delicta & præterita, quorũ pœnitentiam sese agere, eaq; facta nolle cõfitens ostẽdit. Et sicut adeo scelera & delicta committenda, & ubi adhuc malignum propositũ perseuerat, remitti nullo modo possunt, & ad ista potestatem sacerdotib. à Christo concessam, extendere, ridiculum, imo impium sit: ita ad arcanum confessionis ea delicta pertinere non possunt, & qui sub prætextu sigilli confessionis atrocissima etiam crimina majestatis ad se relata, & mox perpetranda, secreta habent, nihil aliud, nisi se ista non pro delictis, sed pro bene & recte factis habere ostendunt.

Lit.

diti. Et posita etiam juxta jus Canon. exemtione clericorum à jurisdictione seculari, impudentes tamen fuerint clerici, si prorsus omnem subjectionem negaverint, aut illi profecto in republ. cuius caput nullo modo agnoscant, non sint ferendi: neque illi negare possint, se utique in districtu & territorio principis esse, ex cuius prorsus potestate, omnem eum qui clericus efficitur, subduci, fuerit absurdum: vide autores citatos à *Bocer. d. crim. laes. maiest. cap. 1. num. 18. & 19.* Plane propter potestatem Ecclesiasticam cui subsunt, non eod. gradu hoc crimen à clericis committi existimari possit.

LIT. C.

Superiorem recognoscentium.] Sunt istius rei gradus, & alij recognoscunt absolute, alij secundum quid: veluti principes Germaniae, quos, licet non eodem gradu & excellentia, majestatis jura habere dum cum subditis suis conferuntur, deprehendere licet ex traditis supra *part. 1. disp. 3. th. 6. lit. E. & eádem p. 1. disputat. 23. th 1. lit. C.* Nihil autem hic obstat *l. 1. ad L. Iul. maiest.* quoniam ibi intelligitur quid fieri contra magistratum, ut reipubl. status turbetur.

In consiliariis principis.] Omnino probanda videtur haec distinctio, ne contra rationem idem statuatur in consiliariis & in principe, cuius utique jus potius potentius & fortius est, & in cujus persona longe magis reipubl. status periclitatur: neque consiliarij absolute, sed tantum qua tales, partem corporis principis constituunt: sed & amplius inter caput & membra lata differentia est: ut prorsus hac in re non sit admittenda comparatio principis & consiliariorum: de quibus ideo fortassis ita statuerunt *Impp. in l. 5. Cod. hoc tit.* quod aliàs existimari potuisset, nullum plane crimini majestatis in eorum persona esse locum. Et prorsus constitutio dura & aspera quam maxime fieri potest restringenda est, & verba stricte & commode explicanda: veluti & illa *in pr.* eius *l. cuius libet qui nobis militat*: quae de ducibus exercituum recte ibidem explicat Gothofred. Vtique extra istam quam diximus considerationem definitio criminis huius in persona consiliariorum non invenit locum. Quod de servis quidam hic objiciunt, rectius retorquetur: quoniam servis fere non nisi respectu dominorum iniuriam fieri constat. §. *patitur institut. d. iniur.*

& aliàs

& alias quoque ad atrocissimum hoc crimen non recte fit illatio à diversis.

LIT. D. & E.

Duas ex *l. ultim. hoc. tit.* huius criminis Treut. species facit: alteram quæ in specie vocatur perduellio, directo tendens ad eversionem status, & profecta ex odio non tam principis quam principatus, de qua *Treut. lit. D.* ubi quod tradit de eo qui hostibus nomen dat, intelligendum est eo fine dari, ut patriæ perniciem moliatur: alteram quæ in nomine generis subsistit, & magis est ab odio principis: sub quam speciem referenda videntur facta aliqua, quæ non directo tendunt contra statum, sed per ea tamen majestatem quis sibi arrogare videtur: dum ea videlicet facit & exercet, quæ non nisi ad eum pertinent, qui supremum jus in republ. habet: cuiusmodi sunt, privatos carceres habere *l. un. Cod. d. privat. carcer.* monetam cudere: quoniam hoc jus principale est, quia non nisi autoritate publica & sub imagine supremi principis moneta eiusque valor in repubL. determinari debet argum. *l. 1. d. contrah. emt.* Et hinc Imp. Severus, ut fidem faceret Albino, quod in consortium Imperii adscitus esset, sub imagine eius nummos cudi jussit, ut refert *Herodian. lib. 2. inf.* & idem libro 1. quod Perennius hoc maxime apud Commodum convictus fuerit, quia nummos imagine sua signari curavisset. Hinc illud Trebellij in Gallienis: ubi comperit ab Odenato Persas vastatos, eum participato imperio Augustum vocavit, eiusque monetam cudi jussit. Vnde apparet, ita obtinere, etiamsi quis justi ponderis & valoris monetam cudat, de quo etiam agitur infra *thes. 8. lit. E.* Ex his autem læsæ majestatis speciebus, quæ contra rempubl. tendit & principem quà caput imperij est, semper severe exercenda est: cæteras species boni principes quam parcissime, sed tyranni acerrime exerceri voluerunt, & exercuerunt, vt videre est apud *Dion. lib 58. Plin. in Epist. & in Panegyr. ad Traian. & Tacit. passim. Sueton. in Tiber. c. 58. & in Domitiano c. 10.* & argumentum præbent *l. 5. 6. D. h. t. Alb. Gentil. disp. 2. d. crim. læs. maiest.*

LIT. F.

Vtriusque pœna.] Subiicit in exegesi: *ad quam quivis accusare probibiti recte postulant.* Dicere voluit, quod ad accusandum hoc

Dua species criminis

crimen quilibet admittatur: neque enim, licet id verba Treut. præ se ferre videantur, inter postulare & accusare hic distingui potest.

Modo probari liquidò possint.] Hic de jure accusandi quæritur, quod cuivis competit: an autem probare possit, in facto positum est. Et pertinet ista limitatio ad aliam propositionem, quod ab omnib. rei majestatis necessario sint accusandi: hoc enim est quod ex Dd. tradit *Mynsf. 5. observ.* 40. capitis pœna teneri, qui sciens aliquid tractari contra rempubl. illud non revelat: ubi duplicem addit limitationem. 1. si modo crimen probare queat: quod nemo teneatur aliquid facere, ex quo ipsi periculum corporis immineat: hic autem ipse quoque accusator tormentis subjici potest *l. 3. C. h. tit.* 2. ut non teneatur quidem accusare, sed saltem denuntiare, ut inquisitio institui possit: etenim prior limitatio periculi plena videtur: vel quia interim dum expectat instructionem pleniorem, indiciũ possit esse serum: vel quia postea detecto crimine morator iste tanquam conscius criminis, (nam si simpliciter saltem cognovisse dicatur, non erit eidem pœnæ locus, argum. *l. 2. ad L. Pomp. d. parricid.*) posset rapi ad pœnam. Itaque Gomezij sententia qui citato loco *3. resol. 2. n. 8.* non aliter sed prorsus ita distinguit, an crimẽ probari possit necne, restringenda erit ad casum accusationis, in quo procedit ratio *l. 8. Cod. d. calumniat.* non esse commovendos animos judicum eo quod non potest ostendi. Textus ad hoc *in l. ultim. C. d. probat. & in l. 4. C. d. edend.* Et quamvis ex altera parte periculum sit, ne ita temerariis & calumniosis delationibus, causa præbeatur, attamen ratio hujus criminis exorbitat à regulis communibus: & cum in conscios pariter capitis pœna statuta sit *l. 5. §. pen. C. h. tit.* periculum est ne quis tacens & dissimulans pro conscio habeatur: & constat nec à consciis semper verè & plenè delictum probari posse. Et siquidem in parricidio æqualiter puniuntur conscij *l. utrum 6. ad L. Pompeiam d. parricid.* etiam & magis obtinebit in isto crimine, quod parricidio gravius est, quia fortiori obligatione quisque obstrictus est patriæ, pro qua defendenda etiam patrem occidere licet *l. minime. 35. d. religios.* Et omnes subditi respectum quendam servorum ad principem habent: servus autem non detegens & impediens perniciem, quam quis domino molitur, mortis reus est *l. 1. § si quis 18. & §. quid*

ergo

ergo 21 *.ad SCtum Syllan.* Sed illa cautio hic adhibenda est, ut ne quivis qualitercunque scientes, pro consciis, quos coercet *dict l.5.§. pen. C.h.t.* habeantur sed qui sunt adiuvæ consiliarij & instinctores *argum.l.3.inf. & d.§.pen. C. h. t.* quam verbi significationem multis aliorum autorum locis confirmat *Alber.Gent. disp. 3.d.crim.læsæ maiest.* Et in eiusmodi conscio verius videtur contra Tr. quod teneatur pœna capitali (Typographus apud Tr. scripsit corporalem) etiamsi agatur de principe, qui secundum quid tantum ut paulo ante dictum lit. C. recognoscit superiorem. Etenim hîc conscium esse capitis pœnam meretur, quæ pœna non nisi per revelationem & delationem criminis potest evitari *d. l.5. §. ult. C.h.t.* In aliis qui simpliciter ex fama & relatione sciunt nec revelant, durior videatur pœna capitalis: nisi fortassis per eorum delationem periculum evitari posse vel potuisse appareat, & illi culpæ alicuius & per taciturnitatem approbationis argui possint. Etenim sicut in incendio communi, ita & hic magis omnes cives obligati sunt operam dare, ne quid respub. capiat detrimenti, & pro virili avertere periculum imminens. Atque ita defendi possit sententia Salic. *in l. 5. §. id quod pen. C. h.t.* ubi etiam eum qui simpliciter scit, eadem pœna cum adiutore teneri statuit: quæ etiam post Bart. opinio est *Albert. Gent. disp.4.d.crim.maiest.* ubi plures allegat, & inter hos *Alc.8.parerg. 9.* qui contrarias hac in re Bald. & Bart. opiniones refert.

Singularis scientiæ species refertur à *Mynsing. 5. obs. 41.* in sacerdote qui delictum scit ex confessione. Et putat Mynsing. si quis confessus fuerit delictum committendum, teneri sacerdotem saltem in genere revelare nõ nominando personam. Verum quicquid hodie & strictius in hanc sententiam disputetur, non video quomodo aliud obiectũ confessionis esse possit, nisi cõmissa delicta & præterita, quorũ pœnitentiam sese agere, eaq; facta nolle cõfitens ostẽdit. Et sicut adeo scelera & delicta committenda, & ubi adhuc malignum propositũ perseuerat, remitti nullo modo possunt, & ad ista potestatem sacerdotib. à Christo concessam, extendere, ridiculum, imo impium sit: ita ad arcanum confessionis ea delicta pertinere non possunt, & qui sub prætextu sigilli confessionis atrocissima etiam crimina majestatis ad se relata, & mox perpetranda, secreta habent, nihil aliud, nisi se ista non pro delictis, sed pro bene & recte factis habere ostendunt.

Lit.

L I T. G.

Præter confiscationem bonorum.] Id ex jure veteri in quocunque genere criminis huius, dubium non habet: sed ex jure novo non absurda videtur sententia Roberti ut N.134 *c.ult.* & inde desumta *auth. bona damnatorum Cod. d. bon. proscriptor.* de crimine læsæ majestatis in gradu & significatu potentiori videl. perduellionis accipiatur.

Confiscação ipso jure.

Fit confiscatio ipso iure.] Non videtur expeditum, quomodo confiscatio ipso jure fiat à die contracti criminis, ubi adhuc causa in judicio disceptatur: neque enim reus factus & postulatus protinus nocens est: & ita reo absoluto efficeretur confiscatio illa iterum retro ipso jure nulla. Neque solet ita jus operari, nisi in notoriis & liquidis: quomodo ex edicto prætoris ex causis quibusdam ipso jure citra sententiam infamia irrogatur. Et huc refero *Novell.12.cap.1.juncta authent.incestos.Cod. d. incest. nupt.* ex qua Dd. communiter notant, quod incestuosus ipso jure bona sua amittat. Etenim hoc accipio non de eo qui incesti postulatus crimen negat, sed qui negare non potest, cum palam in gradu prohibito nuptias contraxit. Neque sententia Treut. ex adductis textibus probatur. In *l. ult. Cod. hoc tit.* dicitur ex quo hoc crimen contractum est, neque alienare quem, neque manumittere, nec ei solvi posse: & *in l.5.§.4. Cod. eodem.* alienationes nullius esse momenti, ex quo crimen hoc commissum est: textus similes *in l.15. qui & à quibus manumiss. l.20. d. accusat. l.31. §. quarto, d. donat.* Ex quibus si efficitur quod Treut. vult, idem erit in crimine repetundarum, quod cum hoc coniungitur *in dict. l.20.* quinimo idem erit in quibusvis delictis capitalibus, *argum. l.15. d. donat.* Enimvero ut explicatum *disputat. præced. thes. sept. in f.* pertinent ista ad casum quo postea crimen probatum & condemnatio sequuta est, quæ scilicet retrotrahitur ad tempus factæ alienationis, ut hæc tanquam in fraudem fisci facta, aut revocetur, aut nulla declaretur: neq; quicquam speciale in hoc crimine majestatis esse videtur, nisi quod probato postea delicto, alienationes omnimodo retractantur, etiamsi reus ante sententiam, imo etiamsi ante criminis postulationem fuerit præmortuus: quoniam nihilominus crimen & peragi & inchoari potest, ut memoria defuncti damnetur, & bona heredibus ablata fisco vindicentur *dict. l.20. d. accusat. & dict. l.31. §. ult.*

§.*vltim. d. donat.* cum ex causa cæterorum criminum in suspenso sint alienationes & non tantum reo absoluto, sed etiam post cognitionem susceptam, & adeo multo magis ante postulationem præmortuo, retro confirmentur. Eaque causa fuisse videtur, propter quam specialiter reo læsę majestatis nec solvi quidem posset *l. ultim. Cod. h. tit.* ut videlicet omnimodo consultum esset fisco qui in quemcunque eventum probato postea crimine bona est habiturus: cæteroquin dum adhuc cum vivente reo disceptatur, dominium penes eum manere, sed alienationes considerato eventu condemnationis nullas censeri, satis expressum est *in dict. l. 15. qui & à quib. manumissi* ad quam etiam hoc notandum, speciale quid esse in manumissione, ut eo pro nulla habeatur, ne quid fiat in fraudem fisci, quia libertas quæ semel competiit, retractari non solet.

LIT. H.

Etiam hodie capitalis.] Paulus. 2. *sentent.* 29. olim aquæ & ignis interdictionem pœnam fuisse, ait, sed suis temporibus reos capite punitos fuisse, id est, ultimo suplicio, nam alias illa quoque pœna capitalis est. Vltimi autem supplicii irrogandi modi varij sunt, alii aliis atrociores, quorum aliquos hic refert Treut. Cum autem in *l. 5. Cod. hoc. tit.* pœna gladij statuatur, ea tanto magis sufficiet, ubi principis inferioris majestas læsa fuit.

Conatus in hoc crimine.] Ita Impp. *in l. 5. in princ. C. h. tit.* si quis de nece cogitaverit: eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt. Sed explicatione & limitatione opus est. Est quædam cogitatio simplex, & nil nisi cogitatio, & actus quidam mentis internus quasi se ipsam alloquentis, cujus in his terminis subsistentis nulla prorsus in foro fori, pœna: & sine ulla exceptione hactenus vera regula, quod nemo patiatur pœnam cogitationis *l. cogitationis 18. d. pœn.* & lapsus hic inconsideratè Cujac. qui 8. *observat.* 22. d. l. 18. restringit ad edictum, *quod quisque iuris in alium &c.* in quo tantum effectus punitur *l. 1. §. hæc verba. eo. tit.* cæteroquin voluntatem sæpe puniri ait. Etenim vitiose confundit cogitationem simplicem cum voluntate, imo cum conatu. Voluntas amplius progreditur, & habet assensum mentis: conatus est actus externus, tendens ad executionem voluntatis, ut recte *Alber. Gent. lib. 2. epist. 12. & disput. 4. ad L. Iul. maie-*

statis. Atque ita in nostra *l. 5.* cogitatio statim explicatur de voluntate, & amplius ut hæc procul dubio intelligatur de conatu, qui opponitur ipsi criminis patrationi & absolutioni: & ita in *l. 6. in pr. C. d. his qui ad. Eccles.* Impp. quod dixerant cogitationem, statim appellant *tractatum*. Adeoq; nec voluntas propriè dicta, si hic subsistatur, punitur, sed progressa ad aliquem actum: quo sensu voluntas non semel in iure nostro usurpatur, veluti *in l. 14. ad L. Cornel. de sicar.* in maleficiis voluntatem spectari, non exitum: ut rectissimè cum Dd. *Alb. Gent. d. disp.* 4. nunquam puniri affectum etiam in atrocissimis, nisi devenerit ad actum aliquem externum ordinatum ad delictum, de quo pluribus *Clar.* §. *fin. q.* 91. *Menoch. d. arbit. lib. 2. cent. 4. ca.* 360, secundum quæ rectè Treu. conatum in hoc delicto puniri ait.

LIT. I.

In perduellione.] Et ergo textus, qui memoriam defuncti damnari, qui reo prædefuncto, imò nondum postulato, crimen peragi & exerceri, & bona heredibus auferri dicunt. *l. ult. C. h. t. l. 20. d. accus. l. 31.* §. *ult. d. don.* §. *per contrarium* 5. *Inst. d. hered. ab intest.* §. 3. *Inst. d. publ. iud.* ad crimen perduellionis, de quo etiam fere loquuntur, erunt referendi per *l. ult. D. h. t.* Quod Tr. addit, perfugas & proditores à quovis occidi posse, tum hinc alienum est, tum citra aliquam permissoriam & declaratoriam sententiam, citra quam nec possit dici notorium, vix admittendum putarim, quod neq; ex textibus neque autoribus à Tt. allegatis probatur.

LIT. K.

Proponuntur hic speciales pœnæ criminis perduellionis: & videlicet ut mortuo quoq; reo etiam nondum postulato, crimen hoc institui, peragi, & damnata simul defuncti memoria bona fisco vindicari possint, iuxta textus paulo ante citatos. Sed illud magis speciale, quod pœna etiam ad liberos porrigitur, videlicet ex *l. 5. C. h. t.* perpetua egestas & infamia, imo summo jure pœna capitis: ita enim Impp. *in dict. l. 5.* humanitatem suam commendant, dum vitam liberis concedunt, qui paterno deberēt perire supplicio. Eaq; sententia neq; exemplis, neq; autoritate, nec ratione destitui videtur. Exempla sunt Daniel 6. in iis qui Danielem detulerant, una cum liberis leonibus obiectis: in Hannone Carthaginensi apud Justin. libro 21. Intapherne apud *Herodot. libro 5.*

Pœna ad liberos extendi[?].

in ijs

in iis qui arcem Thebanam Spartanis tradiderant apud *Xenophontem lib.* 5. *Histor.* Et Macedonum legem refert *Curt. libro septimo*, ut eorum qui regi insidiati essent propinqui etiam necarentur: & de Scythis *Herodot. lib.*4. filius masculos una cum parentibus occidi: & *Cicer. ep.*15. *ad Brut.* illud, inquit, videtur esse crudele, quod ad liberos pœna pervenit: sed id & antiquum est, & omnium civitatum. Idq; ita etiam Romani principes observarunt, ut ostenditur exemplis interfecti Sejani apud *Sueton. in Tiberio. Tacit.* 5. *annal.* Cleandri apud *Lamprid. in Commodo*, Pescennij Nigri apud *Spartian.* & *Herodian lib.*4. Albini apud *Capitolin.* & hoc receptum fuisse, argumento est, quod apud *Vulcat. in Cassio* Marcus Antoninus, genero uxori & liberis damnati Cassij veniam à senatu petit. Et solet huc adduci, quod ipse Deus usq; in quartam generationem delicta parentum in liberis se vindicaturum minatur, cuius rei exemplum in stirpe Sacerdotis Heli adduci solet ex *lib.* 1. *Sam. c.* 2, 3. & 22. Et 2. *Sam.* 21. liberi & posteri Saulis ad pœnam traduntur: & *Iosua. c.* 7. Achan cum liberis igni traditur. Accedit jus Can. in quo *causa* 6. *quæst.* 1. *cap.* 22. reperitur approbata *l.* 5. *C. h. tit.* & in *cap. vergentis.* 10. *d. hæretic.* confirmatur autoritate scripturæ sacræ, & canonum, quod pœna aliquãdo porrigatur in progeniem damnatorũ. Et solent istius rei hæ afferri rationes. 1. à summo parentum amore in liberos, propter quem *arg. l.* 8. *quod met. caus.* ipsi parentes in persona liberorum puniri videantur. Et hinc 2. ut parentes hoc quoque metu à delicto illo absterreantur. Et hinc 3. ꝙ sicut ob virtutem & bene merita parentum liberi etiam aliquãdo indigni præmia & honores capiunt, ut alij tanto magis ad virtutis studium excitentur, dum gratiam benefactorum non cum ipsis perituram vident, ut alibi Seneca scribit: ita etiã ad absterrendos alios etiam in liberos pœna extendi potest: & hoc modo liberi erunt quasi reip. obsides: quos ab alia republ. datos, si fides non servetur, summo jure etiam innocentes puniri posse constat. Quarta ratio dari potest, quod pater credi potest cum liberis consilia communicasse: ita enim *Herodot. libro tertio*, à Dario rege Intaphernem cum liberis & propinquis occisum refert, sub hoc prætextu, quod simul contra eum conspirassent. Quinta ratio, quia juxta doctrinam Medicorum mores solent sequi temperamentum corpotis, &, qui locus cummunis est, creditur filius patri futurus similis, juxta

vulgatum illud Horatii: fortes creantur fortibus & bonis: eoque respexerunt Impp. *in dict. l.* 5. his verbis: *paterno deberent perire supplicio in quibus paterni sceleris exempla metuuntur.* Sexta & præcipua ratio esse videtur, maximè in monarchia, securitas reipubl. quia præsumuntur liberi ultores futuri & vindices necis paternæ, & idem molituri cum patre: quoniam speciale est in hoc crimine, ut princeps semper vindictam proprij doloris & iniuriæ & cum iniuria exercuisse credatur: unde illud, miseros esse Impp. quibus de conjuratione non credatur nisi occisis. Et hinc apud *Nicet. lib.* 2. suadent amici Andronico, ut suspectorum sibi etiam cognatos occidat: parum enim prodesse, si uno capite resecto, plura ceu hydræ capita renascantur: & apud *Iustin. lib.* 21. cognatorum simul occisorum, hæc ratio redditur, ne quisquam aut ad imitandum aut ad ulciscendum scelus ex tam nefaria domo superesset. Postrema ratio est, quod cum in aliis quoque delictis aliquando in exemplum à regula discedamus, multo magis in hoc delicti genere istud admittere debemus, quod patratum gravissima in republ. mala consequuntur: ut hic usurpare liceat illud Taciti: habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur: de qua re & pœna in exemplum statuenda vide plura apud *Alber. Gent. disputat.* 8. *ad L. Iul. maiestat.* Romanis sane Impp. pœnam istam exacerbantibus, specialis parata excusatio est, quippe quod ibi potestatem eligendi Imperatorem militibus sibi vindicantibus, frequentiores seditiones & rebelliones occurrebant. Sed utcunque hæc ita disputentur, non tamen aut vix ex vera justitiæ, præsertim ex ratione juris gent. & naturæ consideratæ L. istud defendi posse videtur: quod agnovit optimus Imp. Marcus Anton. qui cum teste Vulcatio, liberis Cassij veniam à senatu peteret, adiecit ipse, hanc revera non esse veniam, cum liberi non peccaverint. Neque sufficere possunt exempla principum plus æquo ut plurimum suspicionibus & vindictæ doloris sui indulgentium. Enimverò Lex Dei Deuteron. 24. expresse vetat, liberos puniri ob delicta parentum: & in terminis commissi huius criminis probatur & commendatur factum regis Judæ parcentis liberis noxiorum 2. *Reg.* 14. & 2. *Chronic.* 25. Et damnanda hic merito responsio *Alber. Gent. disput.* 7. *ad L. Iul. maiestat.* quod lex illa Mosaica cum ipsa republ. mortua sit: quoniam

niam hic de justitia huius pœnæ disputamus, de qua non aliunde nisi ex Lege Dei, utcunque ea moralis non sit, judicium sumi potest *per not. disputat. 39. thes. 5.* & rationes paulo ante relatæ nullo negotio expediri possunt, neque ejus sunt ponderis, ut justam pœnam parentum in liberos efficere queant. Et proinde non usque adeo ridiculus habendus est, ut male Alber. Gent. putat, Budæus, qui in annotationibus *ad titul. D. ad l. Iul. majest.* existimat Impp. Arcadium & Honorium, quorum est *dict. l. 5. C. h. titul.* pœnitentia ductos, promulgasse sanctissimam illam constitutionem *in l. sancimus. 22. C. d. pœn.* Et frustra affertur, quod Deus in liberis delicta parentum sese vindicaturum dicit: quoniam Deus ipsa justitia est, de cuius actionibus dubitare non licet: quod impiè sibi arrogent injusti non rarò & iniqui principes, quibus Deus hanc in verbo suo præscripsit legem, ne ex delicto parentum liberi puniantur: cum præsertim Deus, quod Theologi notant, ipsorum quoque posterorum peccata simul puniat. Quanquam autem hæc ita sint, attamen cum *l. 5. C. h. tit.* remissa pœna capitali, non nisi infamiæ & paupertatis quæ pœnam irroget liberis, poterit quodammodo ista constitutio, habita præsertim ratione status tolerari: cum & non pauci jus successionis & legitimæ & testamentariæ ad jus civile referant: & infamia quoque ex levibus sæpe caussis irrogetur: cum & princeps non immerito honores possit negare iis, quorum parens pessimè de ipso meritus fuit. Plura & alia videantur apud *Alber. Gent. d. disp. 7. præsertim in f. Petr. Fabr. 3. semestr. 8. Covarr. 2. variar. resol.* 8. Jam ea quæ Tr. hac lit. proponit, breviter percurramus.

Quamvis ita vulgo restringi.] Æquissima hæc sententia est, ut pœna illa atrox restringatur ad crimen quod in specie dicitur perduellionis, in quo fere etiam tantum militant rationes paulo ante enumeratæ: & facit *l. ult. in f. D. h. t.*

Sive mater deliquerit.] Rarius quidem delictum hoc in fœminis est, sed si qua fœmina tale quid animo masculo moliatur, pœna etiam huic locus erit, cum & alias verba, *si quis,* etiam fœminas comprehendant *l. 1. d. V. S.* quamvis, si qua fœmina extraordinario quodam & irregulari motu exsurgat in principem, cum ille potius furor & insania habenda sit, defendi possit, pœnas cæteras *d. l. 5. C h. t.* cessare debere, cessantib. quippe earum rationib. Si mater deliquerit.

Et filii ante dilictum nati.] Non recte addit, ante delictum perpetratum: nisi delictum etiam antequam perfectum sit, & in effectum deductum, perpetratum esse intelligit. Vera autem videtur hæc sententia, quod etiam in liberis antea natis, in quibus etiam militant rationes, locum habeant pœnæ *l.5. C.h.t.* cæteroquin exiguus hac in re constitutionis illius esset effectus, si tantum in liberis postea natis illæ pœnæ valerent. Neq; obstat quod Cyn. movet ex *l.2.C.d.libert.& eor.liber.* vel quia pœna servitutis capitalis est, quæ patre in servitutem revocato, liberis irrogari non potest: vel quia hæ pœnæ speciales sunt criminis læsæ majestatis, nec ad alia delicta porrigendæ. Posset & huc referri prolixa disputatio, an privilegia & dignitates parentibus concessæ, etiam pertineant ad liberos ante natos: sed ea hujus loci non est.

Idem circa nepotes.] Constitutio *l.5. C.h.tit.* nominatim loquitur de filiis, & constat, proprietate sermonis, appellatione filiorum non contineri nepotes *l.16.d.testam.tut.§.ult.Instit.qui testam.tut.* sed tantum aliquando per extensionem & justam interpretationem ex mente loquentium *l.justa 201.d.Verb.Signif.l.liberorum.220.inf.eod.* de quo alibi tractatur: perabsurdum autem fuerit sequi interpretationem extensivam in constitutione odiosa, & exorbitanti à ratione penè communi. Sed *Cynus in d.l.5 n.8.* provocat ad constitutionem quandam Friderici, approbatam à Papa, cujus etiam verba *in f.d.l.5.* refert: si in crimine læsæ majestatis etiam liberos exheredatione prosequimur &c. ad quam ipsam constitutionem ibidem se refert Salicet. & inde procul dubio nata communis opinio, de qua testatur *Clar.in §. læsa maiestas numer.13.* ut tamen verbum, *liberos*, quod aliàs omnes descendentes significat, restringant ad secundum gradum, videlicet nepotes, *argum.c.statutum.15.d.heret.in 6.* ubi Pontifex sancit, ne liberi hæreticorum per lineam paternam quidem, usque ad secundam, per maternam autem, usque ad primam generationem ad beneficia admittantur: rectè autem à majori ad minus à læsa majestate divina ad humanam argumentum duci videtur, argum. d. constit. relatæ à Cyn. *auth. Gazaros Cod.d.heret.capit.10. in f. extra eodem*, licet eam consequentiam multis allatis differentiæ rationibus improbet *Alber.Gent.disputation.7.ad L.Iul.maiestat.* Sed utique

quæ etiam admiſſa autoritate juris Canonici. à negato jure capiendi beneficium, inepte infertur ad pœnas *l.5.C. h.t.* & plane conſtitutio Friderici, ſi talis extat, utcunque liberorum faciat mentionem, non abſurde tamen ad primum gradum reſtringi poterit: vel propter gravitatem & odium huius pœnæ, vel ut capiat interpretationem ex conſtitutione *l.5. C. h.t.* ad quam etiam & ad jus anterius ſe referre videtur: vel deniq; quia verbum Germanicum Kinder/quod per latinum, *liberos*, Fridericus videtur exprimere voluiſſe, frequentius non niſi gradum primum creditur deſignare, per notata *Zaſii conſ.7.lib.1.*

Pronepotes ex filiabus.] Ex iam dictis intelligere licet, falſam eſſe hanc ſententiam, cum & rationis ſit, & ita expreſſe cautum *d.l.5.* ut in deſcendentibus per fœminas iſtæ pœnæ potius reſtringantur: nec video quomodo defendi poſſit iſta opinio pro qua Treut. nec textum nec rationem adducit ullam. Nam *l.5. §.3. Cod. hoc tit.* loquitur de Falcid. ex bonis matris filiabus relinquenda: & Dd. modo relati ſtante etiam conſtitutione nova Friderici, in fœminis primum tantum gradum pœnæ huic obnoxium faciunt.

Hereditas non fiſco.] Quæſtio generalis eſt & ita formanda, cum juxta *l.5. §.1.* filii perduellium nullam hereditatem aut ex teſtamento aut ab inteſtato capere poſſint, an hereditates, quas alias ſive ex inſtitutione, ſive jure cognationis acquiſiviſſent, à fiſco vindicentur, an vero in caſu ſucceſſionis ab inteſt. gradui ſequenti, teſtamenti autem ab extraneo facti, ad proximos teſtatoris cognatos deferantur & pertineant. Controverſia ex ratione juris, in eo poſita eſt, an filij perduellium ſint tantum ſimpliciter indigni, an prorſus incapaces per *d.l.5.* effecti. Illi ſunt quibus ipſo jure defertur hereditas, ideoq; ſequenti gradui obſtant, & cum hereditatem tamen capere nequeant, fiſcus eam ſibi vindicat, jure communi, quo indignis auferri hereditas dicitur à fiſco, qui ſemper & perpetuo eam ſibi aufert non alij, ut diſputatum ſupra *diſputatione* 11. *theſ.* 2. *lit.* G. Hi autem non obſtant ſequenti gradui & in teſtamento inſtituti pro non ſcriptis habentur, ita ut portio in qua inſtituti ſunt vel ad coheredes, vel ſi ſoli inſtituti ſunt, ad ſucceſſores ab inteſtato pertineat *argum. l. prima. Cod. h. hered. inſtitut. d. diſputat.* 10. *theſ.* 2. *lit.* G. Et pro talibus filii perduel-

An hereditas fisco adqu.

duellium habendi videntur, quia licet maneant cives, tamen *l.5.* eos prorsus & perpetuum facit incapaces, & pro iis sub pœna infamiæ intercedi prohibet. Vbi non obstat *l. 9. h. tit.* ex qua liberi damnatorum admittuntur ad bona liberti: vel quia per *dict. l.5.* legibus anterioribus derogatum est: vel quia ut respondet *Cyn. in dict. l.5. numero* 5. pertinet *dict. l. 9.* ad eos qui simpliciter læsæ maiestatis, non perduellionis damnati sunt. Et tamen pro parte altera, quod bona & hereditates fisco vindicentur, hæc adducuntur à *Cyn. in dict. l. 5. num.* 10. 1. quia *in l. 5.* §. 3. dicitur quod filiæ succedant matri testatæ in Falcidia: ex quo efficietur contra regulam juris juxta priorem sententiam, vt pro parte testata pro parte intestata decedat. 2. quia in *dict. l. 5. §. vxores 5.* constituitur, ut quæ uxor lucrata est V.C. ex donatione propter nuptias, si quo casu forte per secundas nuptias proprietas filiis secundum jus commune servanda esset, fisco vindicentur. 3. quod filij excludantur etiam ab his quæ habent ratione generis, ita ut ea occupet fiscus, per *l. 1. C. d. bon. libert.* 4. quot quotiescunque hereditas aliquibus auferatur tanquam indignis, ea applicetur fisco. Possit fortassis ad ista non improbabiliter ita responderi: & ad primum: sententiam regulæ *in l. ius nostrum 7. d. regul. iur.* hanc esse, quod istud fieri non possit ex arbitrio & voluntate privati disponentis, sed non impedire quo minus aliquando ex accidenti potestate legis in consequentiam tale quid contingat. Ad secundum: quod speciale sit in illis lucris quæ proveniunt à patre damnato, & insuper ad liberos non hereditario jure, sed propter factum aliquod matris jure minus probatum, pertinent. Neque ex eo quod utrobique *in l. 5. §. 3. & 5. Cod. hoc. tit.* dicitur de legitima filiarum, inferri potest & debet, quod etiam in specie *dict.* §. 3 bona confiscentur. In *l. 1. Cod. d. bon. libert.* nihil aliud dicitur, nisi quod damnatus ut hostis publicus amittat jus patroni, idque transferatur in fiscum: quod ad istum casum pertinere non videtur. In quarto argumento jam negata assumtio est, quod filiis perduellium auferatur hereditas tanquam indignis: sed omnino eos incapaces esse dicimus: & consequenter verum non est, quod concludendo hanc quæstionem dicit Cyn. filios perduellium esse, ut ipse loquitur, successibiles.

Thesis II.

Lit. A.

Coitus illicitus species revera etiam est simplex fornicatio: sed ea leg. Julia coercita non fuit, permissis quippe lupanaribus. Atque ita explicandus est Treut. dum ait leg. Jul. coerceri illicitum coitum, & eius potiores species esse adulterium & stuprum: quoniam L. Iul. non nisi has duas species coercuit, sed per se considerata etiam fornicatio quævis stuprum est. Actus autem venereus in genere illicitus fit, vel propter agentem, vel propter patientem vel propter modum, & vel vnum ex his tantum, vel cum altero concurrens: quo pertinent, tribades, mastupratores, fellatores, irrumatores, cinædi, pedicones &c. quæ, (quod difficile non esset) illustrare & explicare, & fœditatibus istis chartas contaminare, pudor non permittit. Ad nostram hanc materiam coitus illicitus est vel cum bestia vel cum homine: & hoc vel puero vel fœmina: & hac vel nupta alteri vel soluta: & hac porrò vel corpus suum vulgante, vel non vulgante: & hac deniq; vel vidua vel virgine, Species coitus.

Fœdissima species Sodomiæ.] Dicitur hæc vel à modo vel à patiente: & hoc cõmunius ut sit congressus cum bestia vel cum puero: cuius pœnam legibus minus expressam ait Treu. Constat olim in puerorum stupratores latam fuisse legem Scatiniam: (quæ possit videri appellata à σκάτ☉, sed rectius dicitur Scantinia, *Valer. Maxim. 6. men. 1. in pr.*) de qua Juvenal. De Sodomia

Quod si vexantur Leges & iura, citari
Ante omnes debet Scatinia.

Et Prudentius in Romano, de Jove

Laqueis minacis implicatus Iuliæ
Luat, severam victus & Scatiniam.

Sed & Leg. Jul. hoc quoque stuprum coercitum fuisse recte censet *Brisson. in lib. ad. Leg. Iul. d. adulter.* quod & diserte scriptum est *in §. Lex Iul. 4. d. public. iudic.* & probatur ex *l. stuprum. 34. §. primo, d. adulter.* ubi dicitur stuprum committi in viduam, virginem & puerum: quo pertinet illud *Plauti in Curcul. scen. 1.* Nemo quenquam prohibet ire publica via: dummode abstineas vidua virgine, puero: atquin Lege Jul. constat in genere stuprum fuisse vindicatum: quamvis etiam post obtinuisse legem Scanti-

niam, ostendatur ex *Sueton. in Domitiano cap.* 8. quosdam inquit, ex utroque ordine, Lege Scanti[illegible] condemnavit. Impp. Valentin. Theodos. & Honorius, pœnam ignis constituerunt *l. omnes. 6. Cod. ad L. Iul. d. adult.* sed ante eos Constantius & Constans gladij pœnam *l. 3. C. Theodos. eod.* Quam approbavit Iustin. & in Codicem suum retulit in *l. 31. d. adult.* Quæ si ita sunt, consequitur contra Treut. pœnam huius criminis satis nostris legibus expressam esse.

Quin & effectus citra effectum.] Admiserim fortassis, si coitus cum bruto tentetur. De quibus terminis respondet *Roland. à Valle lib. 1. cons. 7 in pr.* cæteroquin puniri quidem, sed non pœna ordinaria: quippe cum regulare sit, conatum cum effectu non æqualiter puniri.

An coniugium pp Sodomia[illegible] *Coniugium tamen eo crimine.*] Si quæratur de solutione quoad vinculum, certum est ex jure Can. non solvi, quia nec adulterio quidem ita solvitur, ut notatum *supra disp. 6. th. ult.* sed quoad thorum & mensam separatio peti posse videatur, quoniam hoc jure, ut mox dicemus, etiam congressus mariti cum soluta pro adulterio habetur, propter quod separatio eiusmodi admittitur, & ita tanquam à maiori ad minus concludit *Clar. in §. Sodomia n. 7.* quamvis videatur esse ratio differentiæ quod cum fœmina rem habens, videtur animum habere sese plane illi adiungendi, & uxorem deserendi. Et tanto minus moribus nostris, ex quibus propter adulterium etiam vinculum solvitur matrimonij, ex causa sodomiæ separatio talis admittenda erit: refertur de hac quæstione late scripsisse *Andr. Barbat. cons. ultim. lib. 2.* Obiter hic noto mirum alicui videri posse, quod apud Græcos cultissimam gentem, detestandum istud aversæ Veneris crimen fuerit & usitatum, & impunitum, quod apparet ex *Aristi. 2. polit. 8. Xenoph. lib. 2. d. expedit. Cyri Plat. lib. 1. & 8. d. legib.* idq; à Græcis ad Persas translatum meminit *Herod. lib. 1.*

LIT. B.

Iure civili cum nupta tantum.] Vera proculdubio hæc sententia est, quæ probatur non ex *l. 1. C. h. t.* quia jure nostro fœminæ maritum licet cum nupta rem habeat, accusare adulterii non possunt: sed tum ex *l. 6. §. 1. h. t. iuncta l. inter stuprum. 101. d. V. S.* ubi

ubi dicitur quod adulterium committatur in nuptam: tum ex ratione, quia adulterium est violatio thori, quem mulier subiecta marito habere non dicitur: quo accedit ratio ex suppositione partus & insitione stirpis spuriæ in alienam familiam. Et hic procul dubio labitur *Menoch. 2. arbitrar. centur. 5. cas. 420. numero 106.* existimans à marito cum soluta adulterium committi: inepte allegata *l. eum qui duas 18. Cod. hoc titul.* quippe qua probatur maritum qui aliam uxorem ducit, stupri tantum teneri: Et recte hoc nomine Menochium reprehendit *Petrus Heig. part. 2. quæstione 29. numero 6.* ubi ait respiciendum hic non ad personam agentem sed ad patientem: quæ opinio etiam juri divino conuenit, quo pœna mortis indicitur ei tanquam adultero, qui ad uxorem proximi sui ingreditur *Levit. cap. 20. versic. 10.* sicut & Moses *Deuteronom. 22. versic. 22.* loquitur de eo qui deprehenditur cum muliere maritata alteri: neque Lex quæ permittit polygamiam, possit congressum cum soluta habere pro adulterio: cum possit maritus dicere se fecisse affectione coniugali. Neque tamen negata polygamia efficere possis esse adulterium. Sed ex jure Canon. aliud statui solet, per *cap. nemo blandiatur. 4. caus. 32. quæst. 4.* quamvis ad eum locum respondere conetur *Heig. numero 10.* Ambrosij mentem non fuisse tollere differentiam inter congressum mariti cum nupta & cum soluta: sed hanc, quod hactenus eadem sit ratio utriusq; coniugis, ut sicut vir dimissa uxore adultera aliam ducere potest, ita & uxor propter fornicationem repudiato marito alij nubere queat. Sed lapsum hic esse Heig. ostendit locus Ambrosij, ad quem tamen ipse provocare videtur *ad capit. 7. epist. 1. ad Corinth.* ubi diserte potiorem hac in re facit conditionem mariti, & fœminæ facultatem alii nubendi negat: quamvis ut notatum supra *disputat. 6. thes. vltim.* Augustinus & Lactant. *lib. 6. institut. cap. 23.* idem jus statuant in viro & vxore. Ex quo nata videtur sententia juris Canon. ut nullo modo separatio matrimonij quoad vinculum admittatur, sed tantum separatio quoad mensam & thorum: & tamen ut quantum fieri potest, si præsertim alter conjugum continere nequeat, concordia tentetur, & sibi cohabitare coniuges Ecclesiasticis etiam censuris compellantur. Cæterum apud eos qui à pontificiis secessionem fecerunt, constat etiam quoad vinculum propter adulterium matrimoniũ

dissolvi, & frequentius receptum videtur, ut quoad hunc effectum etiam congressus mariti cum soluta pro adulterio habeatur, non autem quoad pœnam capitalem quæ adulteris infligitur: quamvis minus convenire videatur, ut congressus unus idemque diverso jure censeatur: idque in terminis pœnæ non capitalis tanto magis apparebit. Et cum Christus propter gravitatem criminis adulterij & ruptionem fidei coniugalis permiserit divortium, siquidem congressum istum mariti cum soluta eius gravitatis habemus, ut vinculum arctissimum matrimonii solvat, non inique etiam pœnam adulteris irrogatam hic admittemus.

Cæterum hanc sententiam quod jure Canon. congressus iste censeatur adulterium, probat Treut. in F.h.lit. ubi addit: pessime inde inferri à Canonistis, quod levius peccet clericus adulterans laico conjugato, qui cum soluta rem habet. Hoc quomodo ex illo præsupposito concludi possit, non animadverto, neque id tanquam illationem, sed simpliciter hoc quorundam dictum refert *Clar. in §. adulterium num. 2.* quod nec ipse probat, nec ego eius rationem exputo: nisi forte hæc est, quod maritus alligatus est uxori ex fide & lege conjugii, quam rumpit quocunque congressu cum alia: sed autoribus suis hoc defendendum relinquo.

Nec relevat ab hoc crimine.] Negat ab hoc crimine relevare si maritus vel quicunque alius habeat rem cum nupta quæ pudicitiam aliis prostituit. Equidem communissime, licet dissentiat *Clar. d. loc. num. 3.* receptum est, ut mulierem non relevet, si pluribus corpus vulgavit: quia ipsa non potest facto suo se liberare à vinculo, quo adstringitur marito, & perabsurdum fit, conditionis potioris esse eam, quæ crebrius peccavit, cum ita futurum sit, ut addendo scelus sceleri se ipsum à pœna adulterij eximere valeat. Sed in viro ex adverso frequentius placuit per tradita *Clar. d. loc. Farin. d. delict. carnis. Petri Heig. part. 2. quæstion. 29. numero 17.* eum ordinaria pœna non afficiendum, si nupta pudicitiam prostituerit: in quam sententiam in foro receptam Wesemb. *in paratitl. num. 6.* non rectè à Treut. citatus magis inclinare videtur: pro qua facit *l. si ea. 22. Cod. h. tit.* ubi dicitur in ea cessare crimen adulterij quæ more meretricio se prostituit: ut proinde eam nuptam fuisse oporteat. Facit etiam *l. quæ adulterium 29. Cod. eodem*, cuius

eadem est sententia. Sed obiicitur à *Vaud. 2. quaest. 21. l. si uxor. 13. §. 2. h. tit.* ubi dicitur in ea quoque uxore quae vulgaris fuerit, adulterium vindicari posse: neque potest hoc restringi ad uxorem, propter verba sequentia: *licet si vidua sit, impunè in ea stuprum committeretur*: ut appareat, sicut quod hic de impunitate, ita quod illic de vindicatione dicitur, ad personam etiam agentem pertinere. Respondet *Heig. dict. loc. num. 29.* quod textus ille loquatur de uxore quae antequam nuberet, vulgaris & meretrix fuit: quomodo etiam locum illum explicat *Cuiac. 6. observ. 16.* & iam olim respondit *Bartol. in dict. l. 13. num. 3.* ubi à multis Dd. hanc opinionem teneri refert. Accedit & ista consideratio, quod ex L. Iul. eadem videtur poena fuisse stupri & adulterij, ut parum illo tempore interfuerit, utrius criminis quis postularetur: plurimum autem interest postquam irrogatur poena capitalis adulterio, sed non stupro: quo nomine hunc maritum teneri dicemus: ut propter qualiscunque matrimonii respectum, uxor talis non omnino pro scorto, nec congressus cum ea pro simplici fornicatione habeatur. Possit etiam videri obstare, quod disputavimus supra *thes. ultim. disputat. 6.* per adulteriũ uxoris ipso jure matrimonium non solvi (quo admisso nec secundus congressus pro adulterio haberi posset) sed tantum causam divortio praebere. Verum posita quoque hac opinione, utique per saepius repetita stupra vinculum coniugii redditur infirmius, à quo maritus quandocunque velit, liberari potest: & consideranda est luxuriosa uxoris vita, quae quantum in se est nomen uxoris amisit & scorti induit personam. Faciunt autem citati textus *in l. 22. & 29. C. h. t.* ut hanc opinionem tum demum ex ratione juris procedere existimem, ubi mulier ita se quodammodo prostituit, ut nec maritum nec magistratum illud latere jure quis existimare potuerit: minime autem ubi uxor ita caute egit, ut pro honesta matrona haberetur: hic enim non apparet ratio quae excuset adulterum, neque potest terminus definiri, quoties & quot viris corporis sui copiam uxorem fecisse oporteat, ut excusari adulter possit: aut satis erit, vel uni viro eam morem gessisse, ut sequens excusetur: quod quidem licet in iudicando attendi meminerim, rationi tamen convenire non videtur.

LIT. C.

Ipso actu perpetrati.] Ergo conatus, non æqualiter punitur cum effectu. Solet quidem & potest crimen adulterii varie exaggerari, ut notatum *disp* 30. *lit. G.* sed sunt atrocitatis gradus, & in omni crimine capitali est quod exaggeretur, neque tamen ob id protinus conatus eadem pœna qua consummatum delictum, est puniendus. Ex conatu autem eiusmodi & attentatione non est dubium nasci actionem iniuriarum §. 1. *Inst. d. iniur. l. 9. D. eod.* non tantum mulieri & viro, si qua non volens fuerit attentata, sed huic, etiamsi mulier assensum suum præbuerit: quia non minus verum est, marito iniuriam factam esse. Et cum adeo ob iniuriam in genere agi possit extra ordinem *l. ultim. d. iniur.* multo magis ista iniuria hoc modo poterit vindicari.

LIT. D.

Pœna qualis olim.

Olim relegatio erat.] Variæ huius criminis apud varias & diversas gentes & ex diversorum LL latorũ judicio pœnæ fuerunt. *Arist.* 7. *Polit.* 16. *Plato* 9. & 8. *d. LL.* nonnisi damno famæ adulteros multare videntur. Gortynenses adulteros tanquam molles & effœminatos lana coronasse refert *Ælian.* 12. *var. hist.* 12. & ad eundem fere modum Pisidæ, ut *Stob. serm.* 42. refert & Cumæi, teste *Plutarcho in problem. Græcis q.* 2. adulteros asino impositos publice circumducebant. Alicubi pœna pecuniaria adiecta fuit, veluti quod apud Gortynenses teste Æliano iam dicto loco, adulter quinquaginta stateres solvebat: ex legib. Theodorici regis. 140. solidi, ex Solonis, 100 drachmæ, Plutarcho autore multa erat. Alij verbera aliamve pœnam corporalem irrogarunt: veluti Ægyptij, apud quos adulter centum plagas accipiebat, autore *Diodor. Sic. lib.* 1. Germani, apud quos adultera verberibus per vicum agebatur autore *Tacito de morib. Germanorum.* Apud Ægyptios, qui vi adulterasset mulierem, castrabatur, *Diodor. Sicul. d. loc.* quo modo priuatim etiam à maritis in alteros deprehensos animadversum, docent exempla apud *Valer. lib. 6. c. 1.* & quod Horat. scribit. *Lib. 1. serm. satyr. 2.*

Accidit ut quidam testes caudamq; salacẽ Demeteret ferro.

Fœminis adulteris apud Ægyptios nasum præcisum fuisse, idem Diodor. autor est: idq; genus pœnæ apud Indos Orientales in usu fuisse, memorant: eademq; ratione olim deprehensos mœchos notatos à maritis apparet ex joco *Martialis lib. 3. epigram.* 85.

Quis

Quis tibi perſuaſit nares abſcindere mœcho &c.

Porro apud Parthos nullum delictum adulterio gravius vindicatum fuiſſe ſcribit *Iuſtin. lib.* 41. & apud Tenedios adulteri ſecurib. concidebãtur, Hiraclides in libello de polit. & apud Lydos, ſi poſt coniugium mulier deliquiſſet, nulla ſpes erat veniæ, *Ælian. lib.* 4. *c.* 1. Quæ olim apud Romanos ſub libera rep. pœna fuerit, non ſatis cõſtat. Legimus apud *Dion. Halic. lib.* 2. maritũ jus habuiſſe privatim in adulteram animadvertendi. *Gell. lib.* 12. *c.* 23. jus necandi fuiſſe ait, ſed ſc. uxorem deprehenſam: ſed exiſtimarim idem tamen in non deprehenſa fuiſſe: quod plurib. contra *Cuiac.* 6. *obſ.* 25. confirmat *Lipſius in lib.* 4. *Taciti, annal. pag. mihi* 210. de qua re etiam agunt *Bodin. lib.* 1. *d. repub. c.* 2. *Briſſ. d. adult. in cap.* 2. *L. Iul. Heig. p.* 2. *c.* 29. *num.* 37 ubi plures citantur. Et ita apud Græcos quoque obtinuiſſe ex legibus tum Draconis tum Solonis, referunt, *Pauſanias in Beotic. & Plutarch in Solone*: idemq; de Germanis atteſtatur *Tacitus de morib. Germanorum.* Rarius tamen pœna capitis maritos in uxores animadvertiſſe d. loc. notat Lipſius: ſicut rara fuiſſe oportet adulteria ab initio urbis Romæ ſiquidem primis quingentis annis nullum divortium Romæ fuiſſe perhibetur. In adultero autem & diſſimulante marito etiam in adultera magiſtratum officium feciſſe probabile eſt.

Ex Lege Iul. pœnam nõn fuiſſe capitis, ſed ad ſummum relegationis, ſtatuunt, *Cuiac.* 6. *obſ.* 11. *& lib.* 19. *obſ.* 39. *Briſſ. & Lipſ. citatis loc. Heig. q.* 29. *p.* 2. *n.* 47. *&* 61. *Ant. Fab.* 2, *coniect.* 20. *Donell. ad l. tranſigere.* 18. *C. d. tranſact. Matth. Glock. ad d. l.* 18. *c.* 1. *p.* 2. Eaq; opinio præter alios autorum locos, qui à jam citatis in medium adducuntur, non obſcure probatur ex teſtibus juris: *l.* 5. *d. quæſt.* ex qua adulterium cum inceſtu punitur pœna deportationis *l.* 6. *d. divort.* ex qua itidem pœna relegationis in cauſa, reipsâ adulterij irrogatur: *L.* 11. *in pr. d. adulter.* juxta quam miles deportatur, cum alias in militibus gravius crimina ſoleant vindicari *l.* 7. *in f. ad l. Iul. maieſtatis.* Item probatur per *l.* 4. §. *adulterii.* 7. *d. re milit.* ex qua damnatus adulterij prohibetur recipi inter milites: item ex *Paul.* 2. *ſentent.* 26. §. *adulterÿ.* 13. ubi ait adulteras dimidia dotis & tertia parte bonorum, viros dimidia parte bonorum mulctari, & utrosque in inſulam relegari: item per *l.* 13. *de his qui ut indign.* ex qua Mevius damnatus adulterij prohibetur eam ducere, quæ ſuſpe-

ctā,

cta, licet non damnata fuit: per *l.14. d. testib.* iuxta quam damnatus vetatur testimonium dicere in testamento: *l. 2. §. d. his qui not. inf.* ex qua miles damnatus adulterij infamis fieri & sacramento solvi dicitur. Quæ arguunt non fuisse damnatos capitaliter, quippe de quibus iam relata ineptè dicerentur: nec nisi inepte ista omnia explicari possint de iis quibus pœnæ gratia facta est: quoniam hoc solus princeps facere potest, JCti autem in genere de jure damnatorum respondent. Sed argumentum omni exceptione maius est, quod ipsis Legis Jul. verbis prohibitus quis fuit damnatam adulterii ducere, itemque damnata adultera testimonium dicere prohibita fuit *l.18. d. testib. l.20. §.6. d. testam. l.29. §.1. d. adult. l.17. Cod. eod. l.37. §.1. d. minor.* Inauditum autem est, ita cavere & prohibere talia Legem, quæ pœnam capitis & sanguinis indicit: & respicere ad casum violatę sanctionis aut extra ordinem concessæ gratiæ: nam & hæc concedi potest latronibus, homicidis, veneficis, de quibus criminum istorum damnatis nulla unquam Lex ita locuta est: qua in re lapsus est *Cuiac. 20. observ. 18.* quin & amplius hoc absurdum est, simplicem lenonem, qui dissimulat adulterium uxoris suæ, quemvis uxorem damnatam ducentem, quemvis pro stupro comperto pretium accipientem, absurdum est, inquam, omnes hos pœna morti affici: & tamen hi omnes Lege Iulia de adulteriis tenentur: quod probatur ex proxime citatis textibus juvat: *l.9. & 10. Cod. hoc tit.* Et errant qui diversas ex Lege Iulia pœnas fuisse opinantur. Absurdum sit & amplius capitis pœna teneri eum, qui cum sponsa rem habuit, quem adulterij accusari posse, ex *l. si uxor 13. §. 3. hoc tit.* ostensum est *supra disput. 6. thes.1.* Et frivola prorsus est responsio *Gœdd. in l. 101. d. Verbor. Signif. num.4.* quod ICtorum tot responsa magis sapiant errorem & pravam consuetudinem quam Legis: quin ita mendacii arguantur ICti, qui locis illis legem Iul. explicant, ad eam provocant, & ea quæ diximus, ne liceat damnatā ducere, nec testimonium ferre, nominatim Legi Iul. adscribunt. Et commentitium est eiusdem, quod pœnæ sanguinis ex L. Iul. irrogatæ, fuerint reductæ à Domitiano. Etenim etiam sub pœna relegationis & infamiæ satis visæ sunt leges Iul. amaræ, ut eas appellat sub Domitiano scribens Iuvenal. satyr. 2. cum aliàs passim, ut hinc inde conqueruntur, Senec. Iuven. sat. 6. & alij, impunita essent adulte-

ulteria: cum & alias pœnas habuerit L. Jul. propter quas acerbam eam visam scribit *Brisson. d. adulter. ad cap. 2. L. Iul.* Et ex his confirmat *Matth. Glock. ad dict. l. 18. C. de transact.* quod nec sub Alexandro, nec post sub Valeriano & Galieno *argum. l. 17. C. h. titul.* quin nec sub Dioclet. adulterium fuerit capitale *argum. l. 20. & 26. C. eod.* ubi per leges putat intelligi Iulias: idq; omnino verum erit, si verum scripserunt Græci, quos refert *Cuiac. 20. observat. 18.* ex legibus relatis in Codicem Hermogen. & Gregorianum, adulterium non fuisse capitale. Facit quod nulla in hanc rem Imperatorum veterum afferri potest constitutio: itemque quod Iustin. *Novell. 134. cap. 10.* pœnam capitalem ad Constantinum referre videtur. Sed varia hic obiici solent, & *1. §. item lex 4. Institut. d. publ. iudic.* Responderi solet, aliquando fieri ut Imperatores pœnas suo tempore usitatas & auctas, ipsis legibus quibus initio delicta aliqua vindicata fuerunt, adscribant. Inde obiici solent loca ex *Apuleio lib. 9. d. asino aur. Arnob. lib. 4. aduersus gent. Salviano lib. 7. d. prouidentia*, quæ citat *Cuiac. 20. observat. 18.* Responderi potest & ad priorem locum Apuleij quod ille vixerit post Constantinum, ut quidem putat *Brisson. d. iure connub. sub. fin.* vel potius, (quoniam eum sub divis fratribus vixisse bonis argumentis confirmat Petr. *Coluius in eius vita,*) cum *Matth. Klock. d. p. 2. cap. 1. in pr.* & generalius (licet in specie apud Apuleium verba, *Lege Iul. d. adulteriis*, spuria & ab interprete esse Matth. Klock. putet) eo respexisse illos autores, quod aliquando Impp. ex quadam severitate pœnam adulterij extra ordinem aggravabant, quod ostendunt exempla supra citatis loc. à Lips. Cujac. & Brisson. adducta. Sed ista explicatio vix probabilis videtur, ut illi, præsertim Apuleius, (qui inducit molitorem loquentem) de pœna extraordinaria ab Impp. aliquando inflicta sint locuti. Ut fortassis probabile sit, quod Cuiac. existimat, sub Impp. quibusdam etiam ante Constantin. edictis pœnam capitalem definitam fuisse: idque de Alexandro probatur *ex l. 9. Cod. h. titul.* ibi *si pœnam capitalem evaserit*: quamvis alias valde probabile videatur, quod sæpe notatis locis Brisson. & Klock. existimant, verba illa à Tribon. fuisse adiecta: quoniam ut supra diximus, inepta videtur lex, quæ irrogat pœnam capitalem, & præsupponit pœnæ evasionem: sicut & *in l. 18. Cod. d. transact.* verba, *excepto adulterio*, ab eodem Tribon. esse vi-

dentur: nam quod *A. Fab.2.coniect.20.* interpreti ea adſcribit, ſupra *part.1. diſp.7. theſ.5.* falſum eſſe oſtendimus. Denique obiicitur à Gœdd. *l.1.§. ult. d. extraord. crim.* Verum ibi de extraordinariis criminibus tractatur, ubi aliquando ob circumſtãtias grauius animaduerti poteſt: licet nec deſint, qui ibi quoq; manum Triboniani ſuſpicantur: plane ex lege iſta alias efficietur, quod etiam ſtupri pœna ſit capitalis: quoq; utiq; falſum eſt, & contra expreſſum textum *in* §.4, *Inſt.d.publ. iud.* add. *theſ.3.lit.E.* Conſtituendum itaque videtur, pœnam adulterij capitalem ordinarie primum à Conſtantino irrogatam fuiſſe, ut autor eſt *Iuſtin.in* N. 134. ſicut & *l.30. C.d. adulter.* in cuius fine pœna capitalis irrogatur autem præfert Conſtantinum: ſed quoniam *in l.2. C. Theod. d. adult.* quæ eſt ipſa *l.30.* verba illa, de pœna capitis non reperiuntur: ideo exiſtimantur adiecta à Tribon. ex conſtitutione *Conſtantij & Conſtantis in l. 4. C.Theodoſ.quor.appell.non reip.* qua de cauſa etiam in nomine erratum in *d.Nov.* 134.*c.*10. & pœnam capitalem à Conſtantio & Conſtante cepiſſe putat *Cuiac.ad d. Nov.* 134. *& 6. obſerv.*11. Et tamen contra Iuſtiniani autoritatem ſatis leve videtur iſtud argumentum: maxime cum *in l. 16. Cod. d. pœn.* adulterium à Conſtantino referatur inter crimina capitalia, homicidium & maleficium: quæ eadem conſtitutio extat *in l.1. C. Theodoſ. d. pœn.* & amplius *in l.1. C.Theodoſ. d. indulgent. crim.* idem Conſtantinus reſcribit ſe omnibus indulgere præter *homicidas veneficos & adulteros*. Et tamen cum nulla ſpecialis appareat Conſtantini conſtitutio, exiſtimare liceat cont. Matth. Glock. etiam ante Conſtantinum adulterium fuiſſe capitale.

LIT. E.

Hodie ex Lege divina.] Imo & olim poſt Conſtantin. capitale fuit: & hodie, ſi ad noſtra tempora referatur, non ubique, ſed in pleriſque locis capitale adulterium non eſt. An Conſtantinus legem Dei ſequutus ſit, & an hodie ex ea lege, an potius ex jure civili adulterium capitale ſit, liquidum ſatis non eſt: plane cum ex allegatis appareat, intelligi legem Moſaicam, ea tamen quoad effectũ obligandi Chriſtianos, communiſſime ſublata & pene mortua creditur: qua attenta nec poſſis defendere cum *Tr.diſp.30.th.3.* capitale furum ſupplicium: ut fruſtra ſint qui hic legem Dei urgent, quam alibi contemnunt.

In

In fœminis mitigata.] Vix alia lege mitigata fuit, quam Justin. uxorij Imperatoris N.134.*c*.10. inique prorsus, cum adulterium in fœmina in corpus suum peccante & partum supponente, turpius & atrocius sit: & plerarumque gentium legibus polygamia viris, sed nunquam fœminis permissa. Ex lege Dei pœna æqualis est: quod observatur hodie, cum distinctione etiam inter nuptam & solutam, ut ait Tr videl. quoad virum, an hic cum nupta an soluta rem habeat, per notata supra h. th. lit. B.

Adulterio cum sponsa.] Merito hic non irrogatur pœna capitalis: quoniam non vera hic thori violatio, nec partus suppositio, adeoq; nec adulterium est: sicut & *in l.13.§.3.d.adulter.* tantum spei violatio dicitur: neq; tamen mirum, si hic accusatio super adulterio institui potuit, de quo actum supra *disp.6.thes.*1. quoniam ex L. Iul. eadem pœna stupri & adulterii fuisse videtur. Et in sponsa quoque de præsenti mitigationi huic locum esse humanius & rationis est. Et hinc limitandum, quod Tr. lit. B. simpliciter adulterium cum sponsa committi ait.

Cum iure diviuo.] Cum hoc convenire ait jus Saxon. id est constitutiones provinciales Electoris Augusti. Atquin etiam aliorum principum constitutiones iuxta legem Dei capitaliter in adulteros animaduertunt. Quin imo jus istud remittens pœnam ob intercessionem coniugis, à jure divino discedit, quod simpliciter irrogat pœnam mortis, etiamsi adulter fuerit solutus: quam speciē simplex adulterium appellare solent, duplex autem die Oberhurerey, ubi maritus cum nupta congressus est: quo respexit Tr. dum hoc propriissimum adulterium appellat: quod defenditur ea consideratione (nam ex vera ratione congressus soluti cum nupta verissimum est adulterium) quod jure Canon. etiam maritus cum soluta rem habens, adulter censetur: quod adeo sequitur dictum jus Sax. ut etiam pœnam gladij hic irroget, & ita non tantum à jure civili discedit, sed fortassis etiam & iterum à jure divino, quo adulterium dicitur congressus alterius cum uxore proximi sui. Sed sc. Tr. consensum hunc allegavit, ut proponendi sententiam provincialis illius juris babere occasionem.

Si autem solutus.] Ex constitatione Augusti ita distinguitur: quod aut coniugatus habet rem cum coniugata, & omnino non admissa coniugis deprecatione, gladii pœna est: aut ex congre-

dientibus alter solutus alter coniugatus est, qui casus est duplex: primus si maritus habeat rem cum soluta: secundus si solutus habeat rem cum uxore. Illo casu maritus gladio feritur, soluta fustigatur: hoc in utrumque gladio animadvertitur: nisi illo casu uxor innocens pro marito adultero, hoc casu vir innocens pro uxore sua adultera deprecetur: quo casu adultera pars, tantum relegatur, & innocens eam comitari & sequi cogitur. Hunc autem intercessionis fructum soli coniuges sentiunt, non solutus qui rem cum uxore, nec soluta quæ rem cum marito habuit, sed nihilominus in illum pœna gladij, in hanc fustigatione animadvertitur. Et igitur verum non est quod Treut. hic scribit, si solutus cum uxore rem habeat, illum capite puniri, hanc fustigari: quoniam aut non intercedit maritus, quem casum ibi tractat Treut. & uxor capite punitur: aut intercedit maritus, & uxor nec fustigatur quidem, sed tantum relegatur: marito eam in exilium sequi necesse habente. Sed & verba quæ apud Treut. sequuntur ambigua sunt: *quod idem est in marito cum soluta concumbente:* quoniam hic non intercedente uxore, in maritum non fustigatione, sed gladio animaduertitur.

Ad unius autem confessionem.] Illud constat, quod confessio unius, non possit nocere alteri, ut & ille pro confesso habeatur, cum præsertim socius sit criminis, cui nec in tormentis confitenti & alium nominanti fides haberi solet: sed nec ipsi confitenti nocere hanc confessionem, ut capitis pœna dictari possit putat Treut. ubi videlicet confessio facta est in tortura: quod maxime obtinebit, si altera pars constanter neget: quæ alias si absens aut mortua sit, & altera legitimis indiciis gravata torturæ subiecta confessa sit, vix evadere poterit ordinariam pœnam cum crimen istud & occulte perpetretur & nulla post se indicia relinquat.

LIT. F.

Quis possit accusare.

Accusare de eo.] Et quidem ut in exegesi subiicit, ex L. Iul. Atquin cum proculdubio etiam agat de accusatione hodierna, & ex lege divina hodie capitalem pœnam esse dicat, non poterit accusatio institui, ex qua ipse capitalem pœnam fuisse negat. Sed vel loquitur Treut. secundum jus vetus, vel ad imitationem Iustin. qui in §. 4. *d. publis. indic.* legi Iul. pœnam capitis adscribit, vel saltem

tem hic L. Iul. opponere voluit legi Cornel. ex qua negat ob commissum adulterium agi posse, sed ex L. Iul. tantum. Sed videtur offendere Treut. quoniam *Wesemb. in paratit. hic* non ex L. Cornel. sed simpliciter iniuriarum agi posse affirmat. Et utique adulter maritum nec pulsat nec verberat, neque domum eius vi ingreditur : ex quibus causis tantum actionem dedit L. Cornel. Et amplius quærendum non de iniuriarum actione danda uxori, quę consensit, nec extraneo, sed marito, & fortassis etiam proximis coniunctis argum. *l. quamvis* 30. *Cod. h. tit.* Et ergo quæritur, an V. C. maritus adulterum iniuriarum conuenire possit. Quod negat Treut. argumento deducto ab actionis fine, quod adulterium non fiat animo iniuriandi, sed libidinis explendæ. Sed primo assumtio ista particularis est, quia potest quis animo iniuriandi ut marito, quomodo loquuntur cornua imponat, adulterare uxorem. Deinde dubitare licet, an necessum sit actionem tendere principaliter ad iniuriandum maritum, an non potius sufficiat ex actione necessaria iniuriam inferri : cujus rei insigne exemplum est, quod si quis ancillam alienam non meretricem libidinis causa subripiat, nihilominus, quia reipsa lucrum facit, & domino rem suam aufert, furti tenetur *l. fullo.* 82. §. 2. *d. furt.* Neque quicquam pro Treut. facit *l.* 1. §. 2. *d. iniur.* neque enim si iniuriarum tenetur, qui pudicitiam attentavit, ideo non tenebitur qui rem perfecit, imo tanto magis teneri videtur : nisi sub hac diversitate, quod illo casu ipsi etiam attentato, hoc autem non ipsi uxori si consensit, sed marito actio datur. Ex quo etiam respondetur *ad dict. l.* 1. §. 5. quod videlicet ipsi uxori consentienti & volenti actio non detur. Ex *l.* 18. *Cod. d. transact.* ita videtur concludere Treut. quod qui iniuriarum agit, trasigere censeatur : quod falsum est, si videlicet maritus extra ordinem criminaliter experiatur. Nihil etiam fecit *l.* 7. *C. d. iniur.* quoniam ex eodem facto crimen privatum & publicum nasci potest, veluti furti & plagij *l.* 82. §. 2. *d. furt.* damni dati & homicidii *l.* 13. §. *si dolo* 9. *ad L. Aquil.*

Licet ad probandum.] Dum dicimus domesticum testimonium improbari, hoc præcipue intelligimus, non admitti domesticos pro reo : hic autem testes domestici etiam contra reum admittuntur, ita ut servi etiam contra dominum torqueantur *l.* 39. §. *ultim. hoc titul, l. trigesima secunda, Cod. eodem, l. prima, C. d. quæst.*

ubi hoc crimen exceptum dicitur: quamvis & hoc verum sit, quod regulariter accusator ex domo rei testes producere non potest.

Tamen ex præsumtionibus.] Non satis bene ista cohærent *licet testes domestici adhiberi possint, tamen ex præsumtionibus etiam urgentibus nemo condemnandus est.* Sed placuit valde Tr. ista sententia, quã proposuit *supra disp.* 4 *th.* 7 *.lit.B.& disp. præc. th.* 5 *.lit. A.* sed ea alibi etiam admissa: specialis tamen ratio huius delicti esse videtur, quod & nulla post se relinqui vestigia, & quam occultissime fieri solet, & ut Dd. tradunt, directo probari nequit, ut fortassis ob vehementes præsumtiones condemnatio inferri posse debeat, maxime extraordinaria, & hæc fortassis ex minus etiam urgentibus præsumtionibus: qua de re tractant *Mascard. d. probat. vol.* 1 *.concl.* 55.57.& 59. *Menoch.* 5 *.præsumt.* 41 *.n.* 11 *.Farin. quæst.* 84 *.nu.* 11 *.& lib.* 15 *.quæst.* 136 *.p.* 1 *. num.* 24 *.Tiraq. d. pœn. temper. caus.* 27 *.Zas. lib.* 1 *.cons* 15 *.num.* 101 *.& seq. Roland. à Vall. vol.* 1 *. cons.* 50 *.num.* 1. apud quos plures allegantur: & adde *Wesemb. in paratit. hic. n.* 17. ubi urgentissimas coniecturas ad ordinariam pœnam sufficere negat: sed sufficere ad extraordinariam, & ubi de separando saltem matrimonio agitur, per *c. literis* 12 *. d. præsumpt.*

LIT. G.

Cuivis licet.] Quia videlicet crimen publicum est: quod tamen mutatum videtur à Constantino in *l. quamvis.* 30 *.C.h.t.* Equidem Bald. ibid. cõmuniter à Dd. teneri ait, hodieq; ut olim crimen istud publicum esse, & alios quoq; pręter coniunctas personas admitti: sed videl. quæ gl. responsio est ad d. l. 30. relata etiam à Cyn. ibidem ut admittantur post coniunctas personas, quib. datum sit d. l. 30. jus prælationis, & quæ si alij accusare velint prius sint citandæ. Sed rectius iam olim sensisse videtur Ricard. quod per d. l. 30. juri veteri sit derogatum: cuius sententiam male à Treut. pro diss. citatus *Salic. in d. l.* 30 *.numer.* 5. sequitur, & optimis rationibus ex ipso textu petitis confirmat: quod in pr. l. jus antiquum recitetur, eique adversando derogetur *in vers. tamen ne*: quod utatur particulis taxativis Imperator, & proximas solummodo personas admittat: quod excludendo alios, personas necessarias opponat omnibus in commune, quorum in pr. fecerat mentionem: quod cõiunctis personis solũmodo deferat copiam accusandi, & ita non de jure prælationis, sed de jure accusandi loquatur: sicut ex adverso ab

ſo ab ipſa accuſatione extraneos arceri & procul arceri iubet: quod falſo diceretur, ſi poſt coniunctas perſonas admitterentur. Poſtremum argumentũ ſumitur à ratione qua removet extraneos, quod pręſumãtur calũniari & temere accuſare: & ſimul removet rationẽ dubitandi, quod in crimen ſubſcribere teneãtur: quoniam inquit Imperator, hoc non obſtante, multos temere accuſare deprehẽditur: quod nõ præſumit in coniũctis, & ſimul de iis hoc præſumit, ꝙ cum illos res tangat, & verus dolor afficiat, ꝓcul dubio, ſi verũ crimen eſſet, ipſi ſint accuſaturi. Ex quo removetur obiectio, quod nõ admiſſis aliis crimẽ poſſit manere impunitũ. Illa Baldi in d.l.30. inepta obiectio eſt, quod adulteriu in d.l.30.C.h.t. appelletur crimẽ publicũ: quoniã ita appellat Imperator referendo jus antiquũ, cui ſtatim derogat. Et errant qui ampliatũ per d.l.30. jus accuſandi, & cõiunctis perſonis facultatẽ etiã jure mariti conceſſam exiſtimant. Alia quæſtio eſt, an præter perſonas coniũctas ibi enumeratas alij etiam coniuncti, an ſoli enumerati ad accuſandum admittantur. Pro illo diſputat *Salic.d loc. n.6.* ꝙ cum tantũ extranei repellantur, coniuncti utiq; ſint admittendi: ſed magis tamen huc inclinat, ꝙ nõ enumerati d.loc. ꝓ extraneis ſint habẽdi: quomodo etiam alias pro ſubiecta materia verbum, *extraneus*, diverſimode accipi cõſtat.

Quinquennio autẽ.] Nõ una ſed triplex temporis pręſcriptio in hoc crimine occurrit: & prima eſt ſexaginta dierũ utilium, quorum mẽtio in *l.auxiliũ.37.§.1.d.min.l.*11.§.6.*l.*14.§.2.*l.*29.§.5.*&l.*30.§.1. *h.t.l.6 C.eo.* intra quos nulli extraneo, ſed marito tantũ & patri ſpeciali prælationis jure accuſare permittitur *d.l.*14. & quidẽ ſine calumniæ periculo & inſcriptione: quod de marito expreſſũ eſt *in d.l.*37 *d.min l.6.&* 30.C.*h.t.* & currũt illi dies utiles à tẽpore divortij, quoniã nõ niſi facto divortio marito accuſandi jus datur *l.*29.§.5.*l,*30.§ 1.*h.t.l,*11.C.*eo.* ꝙ hodie mutatũ videtur *auth ſed novo iure* C.*h.t.*N.117 *c.*8. iuxta quam ꝓbato prius crimine repudiũ mittitur: forte ne crimine non ꝓbato matrimoniũ ſine iuſta cauſa dirimatur. Sed ei ꝙ de privilegio mariti diximus, obiicitur *l.*14.§.*ult. h.t.* ubi in genere dicitur, eos qui jure mariti accuſant, non evitare periculũ calũniæ: ſed & de patre dubitatur, an hic citra iſtud periculũ intra 60. dies accuſet: & pro eo facit, quod accuſat ſpeciali jure & cũ marito coniungitur *in l.*14.*h.t.* facit etiam ꝙ *iuxta l.ult.d.publ iud.* liberi mortem patris citra periculũ calumniæ vindicare poſſunt: nec minus patri

tribuen-

tribuendum est, cui turpitudo illa filiæ acerbior morte esse videtur. Ex adverso facit, tum quod nusquam id de patre expressum, tum quod *in l.30.in princ. h.tit.* patrem sine calumnia agere posse negatur. Et Tr. lit. I. patrem exæquat marito in vitando inscriptionis periculo, sed non in fugienda calumniæ suspicione. Verum mihi magis suspicio calumniæ in marito, quam in patre esse videtur, & minus verosimile, quod pater filiam tam atroci labe notare velit: sed & inscriptionis finis nullus alius esse videtur, quam ut in eventum calumnię, accusator pœna talionis aut extraordinaria teneatur. Nisi forte Treut. non hanc calumniæ pœnam intelligit, sed aliam, quinque librarum auri ex SCto Turpill. *l.3.§.ultim.d.prævaricat.* quæ sententia Cujacij est *de diversis temp. præscript.cap,13.in princ.* ubi de hac pœna explicat *l.14. §.ult.h.tit.* atque adeo idem existimat esse in marito: quod non convenit sententiæ Treut. sed & ea pœna non in calumniantes, sed in desistentes constituta dicitur. Distinguendum videtur, an in patre vel etiam marito præsumta tantum sit calumnia, si ex suspicionibus justo dolore impulsi accusaverint, an vero calumnia evidens: quæ Accursij distinctio est, probata à *Salicet. in l.6. C. h. titul. & Brisson. in cap. 6.l. Iul.* Alij ut ibidem refert Salicet. inter filiam in potestate & emancipatam distinguunt: quod non convenit cum *l.14.§.2.h. tit.* ex qua non nisi in casu filiæ in potestate patri prærogativa tribui videtur. Alii quos Cyn. sequitur *in l. 30. C. h. tit.* distinguunt an pater accuset intra 60. dies, an post: sed cum hoc casu veniat jure extranei *l.14. §.5. h. tit.* nulla ita fuerit ratio dubitandi. Alius scrupulus contra patrem & maritum movetur *ex l. 15 §.2. ad Turpill.* quod qui citra abolitionem desistere non possunt, non videntur accusare sine periculo calumniæ *per d.§.2.* ubi dicitur eos impune desistere, de quorum calumnia agi non potest. Atqui nec maritus citra abolitionem potest desistere *l.abolitionem 16. Cod. h. tit.* de quo etiam aliquid dictum *disputat. praced. thes. ultim. lit. G.* Bene hic respondere videtur *Brisson. dict. loc.* quod *dict. l. 15. ad Turpill.* non sit intelligenda de omnibus qui sine periculo calumniæ accusant, sed de his, de quorum calumnia in universum à reo quæri non potest, id est de patronis & parentibus qui desistentes non incidant in Turpill. Satis enim indulgetur marito, si citra periculum calumniæ abolitionem petere & jure impetrare

trare

trare possit, citra quam si desistat, prævaricatoris & tergiversatoris crimen contrahere videtur. Hodie autem etiam maritum sine periculo calumniæ non accusare, communius fere putant *Dd. in authent. sed novo iure Cod. h. tit.* per eum textum *& Novell. 117. capit. 8.* ubi inscriptio in crimen requiritur. Sed haud scio, an ea fuerit mens Justin. & annon potius respexerit ad ordinem vulgarem instituendi accusationes, per inscriptiones & alia solennia: absurdum enim sit maritum ex suspicionibus non iniustis motum subijci pœnis talionis: cum constet probabiliter, Justin. ideo voluisse ut constante matrimonio institueretur accusatio, ne crimine postea non probato ex iniusta causa matrimonium diremtum maneret: quod utique consistere non posset, si maritus subiiceretur pœnæ talionis, etiam illi, quæ ex constitutione Justin. in *Novell. 134. cap. 10.* irrogatur uxori adulteræ ut videlicet maritus succumbens tonsus in monasterium trudatur, ut notant *Cyn. & Salic. in auth. sed novo iure & in auth. sed hodie. C. h. t.*

Atque hæc prima est præscriptio temporis, 60. dierum. Altera est sex mensium utilium *in l. 4. §. 2. in l. 29. §. 5. h. t. l. 1. §. 10. ad Turpill.* quod scilicet tempus præscriptum est accusandæ adulteræ non adultero: & ita dividitur, ut maritus & pater jus præcipuum habeant intra duos menses videlicet sexaginta dies, reliqui quatuor menses extraneis concedantur *dict. l. 1. §. 10. dict. l. 4. §. 2.* computandi & hi à die divortij: quoniam stante coniugio extraneo non datur accusatio *l. 11. §. volenti. 10. hoc tit.* nisi prius maritum lenocinij convicerit *l. 26. h. tit.* quod nec hodie mutatum reperitur: & puto nec adulterium ipsum accusari potuisse, per *dict. l. 11. §. volenti*, quæ mihi omnino non videtur restringi posse ad maritum accusare volentem: ideoque *l. vim. 39. §. 1. h. tit.* accipienda est de muliere, quæ post adulterium à marito repudiata alteri nupsit. Ita enim ex L. Iulia jus erat, ut adultera quæ ante denuntiationem alteri nupserat, accusari non posset, sed adulter posset, & hoc demum convicto, adultera *l. 2. in princ. & l. 5. h. tit.* quod tamen displicuit *Impp. in l. Ita nobis 28. Cod. h. tit.*

Tertia præscriptio est quinquennij eiusque continui, à tempore commissi delicti *l. 11. §. 4. h. t. l. 5. Cod. eod.* intra quod accusatur adulter *dict. §. 4.* ut tamen hæc præscriptio aliquando etiam mulieri utilis sit, si V. C. post adulterium commissum elapsi sint

quinque anni, & à tempore divortij sexaginta dies *l. 29. § 5. h.t.* ex quo colligi videtur, quod etiam post quinquennium intra sexaginta dies patri & marito accusatio concedatur. Atque hoc quinquennium probant textus & autores à Tr. citati lit. G. non autem subiectas limitationes, *nisi prævaricatio, vis aut aliud impedimentum intervenerit*. Et in prævaricatione quidem communis ratio est, qua probata etiam aliæ præscriptiones, veluti absolutionis factæ, excluduntur, per notata *disp. præced. th. 3. lit. E.* neq; enim tempus illud quo prævaricator egit, attendi debet, ne alias facile iustæ alterius vindictæ cum damno reipubl. adulter subtrahatur. Quod de aliis impedimentis dicitur, ad casus speciales restringi oportet *l. 31. h. tit.* cæteroquin sex illi menses utiles sunt, ex quib. detrahitur tempus iusti impedimenti *l. 11. §. 5. h. t. l. 15. C. eod.* in tempore autem continuo etiam dies quibus quis agere impeditur, imputari, & actorem nisi impetraverit restitutionem excludi constat.

LIT. H.

Marito tamen.] De hoc iam diximus & de jure prælationis ex L. Jul. quod habent pater & maritus, de quorum aliis hac in re privilegiis *vide Briss. supra citato loco & Cuiac. 20. obs. 15.*

An vero & sponsa.] An sponsa jure mariti accusari possit tractatum est loco quem notat. *Tr. disp. 6 th. 1.*

Uxor marito accusare non potest. *Maritum accusare uxor nequit.*] Hoc ita ex *L. Iul. l. 1. C. h. t.* & multo magis ante obtinuit, cum olim prorsus nec permissum esset uxori à marito divertere ut apparet *ex Plaut. in Mercatore act. 4. scen. Ecastor. Gell. lib. 10. capit. 23.* & perspicue ex Plutarch. in Romulo, ubi hanc eius legem refert, duram, ut ait, mulieribus, quæ vetabat mulieri à viro divertere, sed viro permisit uxorem propter veneficium suppositum partum & adulterium repudiare: sed uxoribus quoque post jus repudiandi permissum, ex *Iuven. satyr. 6.* & aliis eius seculi scriptoribus satis constat: sicut & hoc permittit Iustin. *Nov. 117. c. 8.* ex quo tamen ad jus accusandi male infertur.

Jus canon. *Iure Canon. potest.*] Hoc est textibus à Wesemb. & Tr. citatis, non satis mihi probari videtur: non ex textu *in cap. apud nos 20. caus. 32. quæst. 5.* vel quia nimis generalis est, vel quia regula negativa est, quod non licet fœminis, id nec licere maritis: ex qua quicquid his licet, etiam fœminis licere non efficitur: & ad inducendam corre-

correctionem textibus expressis opus est. Non etiam ex *cap. ultim. eâd. causa & quæstione*, quia non loquitur de accusatione judiciali apud magistratum, sed de simplici delatione ad sacerdotem: quod ex verbis cap. ostenditur, & ex pœna Ecclesiastica, ut adulter excludatur à communione. Non denique ex cit. à Wesembec. *cap. 4. caus. 32. q. 1.* quia hactenus comparantur vir & uxor, ut nec hæc cum adultero marito consuescere debeat: donec criminis pœnitentiam egerit. Facit contra Tr. quod textus juris civilis facultatem accusandi uxori negantes canonisati quodāmodo videntur sub *c. apud misericordem*. 10 *caus. 32. q. 1.* licet hoc cap. pro se citet Tr.

LIT. I. & K.

Quæ lit. I. tractantur iam supra executi sumus. Lit. K. aliquid attingit de præscriptione 60. dierum & quatuor mensium: sed non distinguit, quod omnino faciendum erat, inter adulterū & adulteram, & tantum de patre & marito agit. Diximus autem supra, intra 60. dies solum patrem & maritum, post intra quatuor menses extraneos, vel horum jure patrem & maritū admitti: itemque quod hi sex menses uxori accusandæ præscripti sint, adulter autem etiam post hoc tempus & intra quinquennium continuum recte accusatur. Videri tamē possit cum aliis pręscriptio quoq; hęc sex mensium sublata per *l. ita nobis. 28. C. h. t.* quod fortassis dicere voluit Tr. dum hodie solam quinquennij præscriptionem observari ait.

Extraneorum iure.] Hi sc. accusaturi in crimen subscribere & ad pœnam calumniæ ita se obligare tenentur: adeoq; hoc etiam incumbet marito & patri, post 60. dies agere volentibus.

Extraneos post legem Constantini.] Ait quod extranei post illam legem intelligantur cognati ibi expressi, in quorum potestate adultera non est: quoniam amplius ista accusatio, ut supra probatum, omnibus non patet: & consequenter necessum est ambigue & diversimode sub diversa relatione accipi verbum *extraneorum*. Et si coniuncti illi conferantur ad omnes quibus olim patebat jus accusandi, extranei non sunt, quippe cum in *d. l.* 30. extraneis opponantur: sed si conferantur cum patre & marito, & consideretur privilegium accusandi, recte extranei dicuntur: etenim ut recte in *d. l.* 30. Cyn. & alii notant, coniuncti privilegium accusandi patris & mariti non habent.

In quorum potestate.] Generalius utitur verbo potestatis, ut etiam maritalem comprehendat.

Quatuor menses à die divortij.] Ab eodem tempore compu-putantur 60. dies. Quod hic autem de adultera dicit, quod non possit accusari ante solutum matrimonium ex l. Iul. locum etiam habet in adultero per *l.11.§.volenti.* 10. *h. tit.* & prius maritus lenocinij postulandus erit. Hodie *ex Novell.*117. etiam constante matrimonio accusatio institui potest: qui textus cum expresse de marito loquatur, nolim illum extendere ad extraneum: ne constitutio correctoria ad casum diversum porrigatur: maxime cum hodie citra crimen lenocinij maritus uxori ignoscere eamque retinere possit.

Iure hodierno Sax.] Imo provinciali tantum constitutione Elector. Augusti, quæ male indefinite jus Saxon. appellatur.

Amittit ius accusandi maritus.] Certum ex L. Iul. est, quod maritus uxorem retinere & eam facere ream non possit, sed ex *Novell.* 117. *capit.* 8. secus est: si tamen cum adultera uxore se coniungat, eique ignoscat, nec hodie accusare poterit. Quod autem adulter maritus uxorem accusare nequeat jure civili, falsum videtur per ipsum à Treut. citatum textum *in l.13. §.5. h. tit.* ubi dicitur quod propter impudicitiam suam vir quoque damnari possit, ut tamen non propterea per modum exceptionis & compensationis excludatur. Iure autem Canon. quod Treut. ait verum videtur, non per *cap.25.d. iureiur.* non etiam per *cap. si illic 29. caus.23. quæst.*4. quæ frustra à Treut. allegantur, sed per *capitula sub quæst.6. caus.32.* præsertim cap. 1. ubi marito qui fornicatus est negatur jus dimittendi adulteram & consequenter eam accusandi: fortassis quia jure Canon. tantum est separatio quoad mensam & thorum, non quoad vinculum. Ex qua hypothesi, licet dissentiat Treut. recte videntur statuere canonistæ, si vir post uxorem dimissam fornicetur, quod uxorem recipere teneatur: quia repudians tenetur manere cælebs, nec aliam uxorem ducere potest: eoque si non servet castitatem, vel servare non possit, merito ad uxorem dimissam, inter quam & ipsum vinculum adhuc durat redire debet.

THE-

THESIS III.

LIT. A.

Hac thes. principaliter agit de stupro in specie dicto, quod hic definit illegitimum congressum cum virgine aut vidua: & ne definitio videatur angustior, in exegesi statim subiicit, venerem masculam in puero admissam, non esse stuprum sed Sodomiam. Sed valde miror Treut. non advertisse, quod Sodomia latinum verbum non est, sed appellata ab urbe, quam propter hoc scelus Deus evertit, quæ historia & ipsum verbum Sodomæ & Sodomiæ Romanis ignota fuerunt. Et plus quam manifestum est à Romanis hoc delictum stuprum appellatum fuisse, & à ICtis nostris & ab aliis autoribus *l. 8. §. penult. quod met. caus. l. 8. in princip. l. stuprum.* 34. *§. 1. hoc tit. l. 1. §. 4. ad L. Cornel. d. sicar. l. 1. § ultim. d. extraord. crim. l. 29. §. ultim. hoc titul. l. 3. §. penult. ad L. Iul. d. vi publ. Iustin. lib. 9.* de Pausania, qui occidit Philippum Macedonem: primis, inquit, pubertatis annis, stuprum passus ab Attalo fuerat: & mox, de impunitate stupri sui quærentem: Valerius *Maxim. libr. 6. capit.* 1. quod filium suum de stupro appellasset: & mox, quia adolescens stuprum pati noluerat: & iterum, quod cum adolescentulo stupri commercium habuisset: & sæpius in sequent. exemplis: piget enim in re manifestissima plura perdere verba. Ridiculus autem fuerit, qui Romanos quidem ita hoc sed non recte appellasse, & Sodomiam vocare debuisse, dixerit: quoniam de Latino verbo quærimus, & supra ostendimus, quod hoc quoque stuprum L. Iulia fuerit vindicatum: neque quod hodie pœna capitalis est, inde concludere possis, ad L. Iul. hoc delictum non pertinere: siquidem adulterij quoque pœna post L. Iul. in capitalem fuit mutata.

Polygamia.] Dubium non est quin omnimodo cum ea quæ non abrupto vinculo alteri nupta est adulterium committatur: sed ponendi sunt termini habiles in fœmina quæ alteri nupta esse potest: cum qua alii uxori superducta, non nisi stuprum ex ratione juris nostri committi videtur: textus ad hoc satis expressus in *l. eum qui duas* 18. *Cod. hoc tit.* quam etiam juris civilis sententiam quod hoc genus delicti, das Laster zwyfacher Ehe eo non sit capitale, agnoscit constitutio Carolina criminalis artic. 121. & Palatina

Malefitzordnung tit. 31. quoniam hic concubitus cum alteri non nupta adulterium esse non potest. Et parum subtiliter agere videtur Treut. dum proposita juris civilis sententia, quod cum fœmina soluta committatur stuprum, subiicit, in utroque casu, adeoque etiam fœminæ solutæ, si dolus concurrat, pœnam capitalem esse infligendam. Etenim de ratione quæritur, quæ insufficiens est à dolo, qui nisi concurrat delicti gravitas, quam hic quærimus, non est proportionata causa pœnæ capitalis: siquidem & in stupro à simulante se solutum & promittente matrimonium, graviter fœmina circumveniri potest. Possint equidem hæ afferri rationes, quod polygamus violet sacramentum matrimonij, eique illudat, dum ex more interroganti sacerdoti fœminam promittit nunquam se deserturum: quod sciens se non posse ducere duas uxores, malitiosè quantum in se est deserat uxorem priorem: aut, quia vinculum illud improbo suo facto rumpere & solvere nequit, subtili quadam ratione pro adultero haberi debeat, siquidem propter interventum sacerdotis, & ipsius viri publicum assensum, ea quam secundo solenniter uxorem ducit, pro soluta haberi nequeat. Quo respectu defendi potest constitutio Palatina, quæ factum polygami pro adulterio habet: imo gravius adulterio esse censet constitutio Carolina: quæ alias non distinguit, an quis ducat ignorantem, an scientem: in quibus terminis & ratio illa de dolo, & hæc posterior non satis stringere videtur: & haud scio, an subtilitas ista satis esse possit ad defendendam pœnam capitalem, maxime si essentiam matrimonii in solo consensu ex vera ratione positam, nec sacerdotis interventu egentem, consideremus: & simul hoc attendamus, quod polygamia plerarumq; gentium legibus, & jure quoque divino permissa videtur, de quo actum *supra disp.* 6. *th.* 7. *lit.* C.

LIT. B.

Honeste vivente.] Ita etiam loquitur *Iustin. in* §. 4. *Inst. d. publ. iudic.* intellige autem si quis fœminam quæ antea honeste vivebat, vel certe pro tali habebatur, cum corpus suum non vulgaret, persuasam stupraverit. Qui concubitus diversus est à consuetudine meretricia, quæ in specie dicitur fornicatio: quod verbum, licet forte bonis latinitatis autoribus non usurpatum, recte alias deducitur

citur

citur à fornicibus sive cellis meretriciis in quib. scorta prostabant. Et notum est illud Horatij:

Contra alius nullam nisi olenti in fornice stantem :

Et illud Iuvenal.

Lenonum pueri quocunq; in fornice nati.

Huius concubitus nullam ait esse juribus definitam pœnam. Plane apud Romanos olim nulla prorsus pœna fuit: sed Christianus magistratus non relinquet impunitum quod per se malum, contra honestatem & verbum Dei est: & iam pridem contra eos, qui lupanaria prætextu maioris mali evitandi, defendunt, replicatum est illud Pauli, non esse facienda mala ut eveniant bona: quamvis nec verum sit, quod prohibitis fornicationibus, maius illud malum necessario consequatur.

LIT. C.

Hic tractat de raptu qui dicitur non tantum si per vim, sed & si per suasa abducatur *l. un.* §. *pœna* 2. ibi, *sive volentibus sive nolentibus* C. *d. rapt. virg.* ex quo loco apparet, quod Iustin. semper in abducente præsumat dolum & malitiosam persuasionem. Atque hæc est una ampliatio ad *d. l. un.* etiamsi fœmina consenserit. Altera est apud Tr. etiamsi matrimonij contrahendi gratia fœmina abducta sit: quæ dupliciter confirmatur ex *d. l. un.* tum quod Iustin. eandem pœnam statuit in eo qui rapit sponsam, ubi merito illa præsumtio sumi debet: tum quod constitutionis suæ hanc rationem reddit Iustin. quod uxor ducenda secundum leges sit petenda. Sed æquitatis ratione temperanda hic fuerit pœna, si sponsa volente id fuerit factum: quoniam constitutio valde dura, quantum fieri potest restringi debet, & quædam apud Iustin. legislatorem parum accuratum, coniunctim potius sunt accipienda. Tertia ampliatio est, etiamsi quis meretricem rapuerit. Sed malim hic contrarium statuere: vel quia Iustin. meminit fœminarum honestarum, vel quia in meretricem non committitur stuprum, vel quia Iustin. etiam colorem homicidii, violati scilicet pudoris, prætendit: (quamvis ea verba Dd. eò referant, quod sæpe in rapina soleant committi homicidia) vel quia pœna *l. unic.* etiam habet locum muliere consentiente: meretrice autem consentiente & sequente, rapina dici non potest: nisi forte filiam quę omnino pro publica meretrice haberi nō poterat, ex domo patris abdu- De raptu.

abductam proponas: ut tamen & hic mitigetur pœna, si vulgasse corpus suum & sponte sequuta probetur: adeoque tanto magis, si vere meretrix fuerit, argum. etiam *l. 29. in f. Cod. hoc tit.* Quarto ampliat Treut. si fœmina rapuerit juvenem. Sed & hic dubium movet, quod in juvene consentiente isti constitutioni locus esse nequit: sed & utcunq; ponas casum adhibitæ violentiæ, cessat tamen ratio violatæ castitatis, in eo utique gradu, qui in fœmina consideratur: cum & in dubio non facile juvenis nolle præsumatur: cum etiam Justin. non disponat sub nominibus, *si quis &c.* sed prorsus & expresse de mulieribus. Sed de huiusmodi quæstionibus prolixe agit & accurate Farin. in tract. suo criminali, de delictis carnis.

LIT. D.

Abductionem de loco.] Etenim hic raptus simul personæ intelligitur, non virginitatis tantum, qui dicitur stuprum, & est vel simplex, vel violentum, de quo mox agitur.

Pœna raptus.

Pœna autem raptus.] Hæc est limitatio *l. unic. Cod. d. rapt. virg.* ut locum non habeat, si stuprum non sit secutum. Rationem autem habet distinctio Hyppoliti de Marsil. an raptor pœnitentia ductus animum & conatum stuprandi deposuerit & omiserit, an vero quantum in se est, omnia eo tendentia fecerit, sed voluntatem suam in effectum deducere fuerit impeditus. Etenim ipse raptus per se est delictum impletum & perfectum, quod pœna capitali dignum existimavit Justin. *dict. l. unic.* & ibidem in §. 8. *Institut. d. publ. iud.* indistincte eam pœnam proponit. Facit quod in *l. 5. §. 2. ad L. Iul. de vi publ.* extremo supplicio puniri dicitur, qui mulierem vacantem vel nuptam rapuit: nisi quis *dict. l. 5.* explicandam existimet ex *dict. l. un.* vel ibi stuprum subsecutum arbitretur. Etenim ex aduerso pro Treut. facit 1. ratio gravitatis pœnæ in *dict. l. un.* ibi, *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* 2. quia mox additur, cum nec ab homicidij crimine raptores sint vacui: his enim verbis possit existimari prætextus color homicidij, ob violatam castitatem. Sed rectius 3. quod Justin. paulo post subiicit, gravius esse crimen in nupta, quia concurrat crimen adulterij: ut appareat Justin. effectum & executionem libidinis in puniendo hoc crimine spectasse. 4. quod Leo *in N. 35.*

expressè ita exponit sententiam *d.l.un.* Vult, inquit, lex civilis, ut qui per raptum virginem stupraverit.

LIT. E.

Stupri non item.] Huius nec hodie pœna capitalis est, nec olim fuit §. 4. *Instit. d. publ. iud.* Neque movet, quod ut supra diximus ex L. Iul. eadem stupri & adulterij pœna fuisse videtur: vel quia æqualitas ista, ubi pœna adulterij capitalis non est, admitti potest: vel quia autor L. Iul. in æstimandis delictis istis lapsus videri potest: quod & ratio suadet, & lex Dei, quæ adulterum occidi, sed stupratorem ducere vel dotare iubet, *Exod. 22. versic. 16. & 17. & Deuteron. 22. vers. 28. & 29.* quam sequitur ius Canon. *cap. 1. & 2. d. adulter.* Magis obstat *l. 1. §. ultim. d. extraord. crimin.* propter quem textum *Alciat. 5. paradox.* 10. pœnam stupri olim capitalem fuisse putat, & imputat Catelliano Cottæ, quod *in* §. 4. *Institut. d. public. iudic. peccatoribus*, (ita enim in vetustis exemplaribus legi notant, cum vulgo legatur *stupratoribus*) substituat, *pædicatoribus.* Sed & inepta perspicuo hæc sententia fuerit, cum gravius sit crimen stupri in puerum, & de hoc genere stupri *in dict. l. 1. d. extraord. crimin.* etiam agatur: & simul iniuriam facit Alciatus Cottæ qui in verbo, *pædicones*, diserte eam lectionem improbat. Eoque necessum erit, ut *dict. l. 1. §. 2.* iuxta rubric. explicetur de judicio extraordinario, in quo propter circumstantias aliquando pœna exacerbetur: nam & in ea specie comites corrupti pœna capitis afficiuntur. Alciat. autem cit. loco, nescio quam legèm à Iul. lege diversam proponit, quem sequitur *Menoch. centur. 3. cas.* 288. *num.* 11. Et igitur hodie pœna stupri arbitraria erit, maxime post sublatam confiscationem bonorum, de qua *in* §. *quarto*, *Institut. d. public. iudic.* neque ut opinor legem Dei offendet magistratus, si stupratori, præsertim ducere nolenti aliam irroget pœnam.

LIT. F.

Nisi volenter perpetrati.] Pœnam capitalem non probat *dict.* §. 4. *Institut. d. publ. iudic.* sed hoc magis, quod stuprum violentum non tam ad L. Iul. d. adult. pertinere videatur, quam ad L. Iul. d. vi, & quidem publica *l. 29. §. ultim. h. titul.* & nimirum quà violentum & sub ista qualitate: cæteroquin crediderim etiam ex L. Iul. d. adulter. agi posse, quamvis hoc negare videatur *Cuiac. in*

Pœna stupri.

paratitl. Cod. ad L. Iul. de vi publ. pro quo nihil facit *l. vim. 39. in princip. h. tit.* quę loquitur de muliere vim passa, sed nos de violento stupratore quærimus: non etiam facit *dict. l. 29. §. ultim. h. tit.* quoniam ex uno facto duplex delictum duplici lege vindicandum nasci potest. Atquin cum nec ex L. Iul. olim nec hodie stuprum, nec vis publica mortis pœna coerceantur *l. 10. §. 2. d vi publ.* nec stuprum violentum capitale esse videtur: & tamen cum vis publica in humilioribus capite puniatur, teste *Paulo 5. sentent. 26.* & hic concurrat stuprum, & quædam vis publica capitaliter puniatur *l. pen. in princ. d. vi publ.* possit defendi pœna capitalis, quam irrogat constitutio Carolina artic. 119. & irrogandum esse Doctores iam olim communiter statuerunt teste *Clar. in §. stuprum, nu. 3.* (ubi tamen male hoc probari putat ex §. 4. *aut.* 8. *Institut. d. publ. iudic.*) *Menoch. centur. 3. cas.* 288. ubi plures allegat, & in hoc omnino errare videtur, quod idem in stupro doloso statuit, dum bis alternative loquitur, *si dolus vel vis intercesserit.*

Stupro violento in viri nondum potentis conesstum.

Porrò cum nondum viri potentis.] Infert ex præmissis Treut. quod omne stuprum in nondum viri potentem censeatur violentum, eoque morte mulctandum: quoniam huiusmodi puellæ consensus sit nullus. Sed enimvero in istis terminis ubi de pœna capitis irroganda quæritur, vitiosa videtur comparatio violentiæ veræ & fictæ: quoniam utique eiusmodi puella consensum suum de facto accommodare potest, quod ad minuendam pœnam prodesse debet. Deinde utcunque hoc admittatur in puella teneræ nimis ætatis, quæ non intelligit quid ab ipsa petatur, attamen secus erit, ubi malitia supplet ætatem. Et adeo homonymia latet in verbo, *viri potentis*: quod aut usurpatur secundum jus civile, & significat puellam puberem, quæ egressa est annum duodecimum: aut secundum jus Canon. & etiam naturale, & significat quamcunque puellam habilem viro: in qua procul dubio falsum erit, quod de pœna mortis traditur: falsum dixerim & in ea, quæ habilem se esse existimans consensum præstitit, si modo eius aliquis hac in re potuit esse consensus. Etenim si puella quatuor aut quinque annorum proponatur, in quibus terminis loquitur *Clar. in §. stuprum in f.* possit aliquando extra ordinem capitalis pœna infligi: si modo effectus ita sit sequutus, ut pudenda puellæ fuerint rupta, quem casum d. loco Clarus ponit: cæteroquin

quin proxima infra capitalem pœna infligetur, per text: expreſſ. *in l. ſi quis 38. §. qui nondum 3. d. pœn.* qui non poteſt de conatu ſolo accipi, quia loquitur de iis qui nondum viri potentes corrumpunt: eſt autem corrumpere, generale verbum, quo in quovis ſtupro etiam JCti utuntur *l. 6. §. 1. d. adulter.*

LIT. G.

Lenocinium verò.] Quod lenocinium jure & moribus merito morte puniatur, verum non puto: non tantum ex hypotheſi permiſſorum, ſed etiam prohibitorum lupanarium. Et occurrunt iſtæ lenocinij ſpecies: ſi maritus vel pater pretio accepto uxorem vel liberos aliorũ libidini exponat: ſi quis fœminas alias quascunque mercede proſtituat: ſi quis pro mercede operam ſuam locet, ut honeſtas matronas aut puellas ad ſtuprum ſollicitet: & horum caſuum nullo pœnam mortis irrogari arbitror: & oblitus ſui eſt Treut. dum adducit *l. 8. in princ. d. adult.* ſiquidem ex L. Iul. iuxta ipſius ſententiam pœna adulterij capitalis non eſt: & nimis durum fuerit pœnam capitis ei irrogare, qui tantum domum ſuam ſciens ad ſtuprum faciendum concedit. Non etiam pro Treut. facit *Novell. 14. §. præconiſamus*: nam præterquam quod ibi circumſtantiæ aggravant pœnam, ubi quis machinationibus improbis etiam puellas decennes allicit & invitas detinet: nec iſtud verum eſt, quod ex ea Novell. lenocinium extremo ſupplicio puniatur: quoniam *noviſſima ſupplicia* ibi non extrema, ſed graviſſima ſupplicia ſignificant: quomodo ipſe ſeſe explicat Juſtin. in ſeq ſanciens eiuſmodi lenones, debere in corpus coerceri, & longiſſime à civitate expelli: ubi ineptus eſt Accurſ. hoc accipiens de caſu rei abſentis, ut ponatur in bannum: cum præſertim capitalis pœna non ſoleat appellari coercitio in corpus. Nec diſſimiliter puniuntur lenones *in l. ultim. Cod. d. ſpectac. & ſcen.* Et ergo nec verum eſt, quod lenocinium ſit capitale ex Caroli conſtitutione, quæ *art. 122.* ſe refert ad jus civile, & iuxta hoc crimen iſtud vult puniri.

Quomodo lenocinium puniatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Quæritur de diſtinctione vis privatæ & publicæ. Et Cujac. *ad Paul. quint. ſenteut. 26.* putat L. Jul. *d. vi privat.* coercitam fuiſſe

omnem vim à privato etiam cum armis commissam: & ut evitet textus expressos, fingit constitutionibus leges Jul. immutatas fuisse, solo nomine retento. Sed Treut. tres facit species vis publicæ 1. quam magistratus potestate sua abutens contra justitiæ vigorem, infert subditis, & quidem quà magistratus *argum. l. 7. d. vi publ.* 2. quam privatus infert magistratui, & itidem quà tali *argum. l. 10. eod.* 3. quam privatus infert privato, sed eo modo, ut ait Treut. cuius usus publice prohibitus est. Obscurius paulo & generalius, tum quia non recte dicimus modi usum prohibitum, tum quia omnis vis in genere prohibita & quocunque modo, publica dici possit. Sed videtur Treut. intellexisse modum inferendi vim armis. Atque ita vis publica dicetur tum à persona vel agente vel patiente, tum à modo: vel aliter: vis publica dicetur à causa efficiente obiecto & modo. Et hinc unus idemque actus in Legem Iul. de vi publ. & priv. incidit, veluti aliquem de agro vel domo sua deiicere prout scilicet vel cum vel sine armis id fiat, ut expressum est *in l. 3. §. ult. de vi publ. & in l. 5. d. vi privat.* eodemque modo explicandi & accipiendi erunt textus *in l. 10. §. 1. de vi publ. & in l. 2. d. vi priv.* ut illic cum, hic sine armis vis facta intelligatur: quamvis verum sit quod hic adiicit Treut. eum qui commisit vim publicam, mitiori judicio de vi privata posse conveniri: non autem vice versa: & haud dubie rationi repugnat, quod Cujac. scribit *in paratit. C. h. t. in f.* eum qui fecit vim privatam, etiam ex L. Jul. *de vi publ.* accusari posse: quoniam ita pœna excedens proportionem delicti, irrogaretur. Notandum tamen est exemplum, quo nec à causa efficiente nec ab obiecto, nec à modo vis publica admitti dicitur, in casu stupri violenti *l. 29. §. ult. d. adult.*

LIT. B.

Illam quæ armis potissimum.] Oportet hanc descriptionem esse vitiosam, cum duæ insuper sint species vis publicæ, quæ fiunt sine armis. Et Iustin. *in* §. 8. *Inst. d. publ. iud.* exempli tantum causa modum proposuisse intelligendus est.

Vim publicam faciunt incendiarij.] Et ergo hi ex duplici lege tenebuntur, Julia, *de vi publica*, & Cornel. *d. sicar. l. 1. in pr. d. sicar.* Hoc quidem nec novum nec absurdum est, ubi utriusque legis requisita concurrunt: quæ sane in simplici incendiario, qui sine

vi in-

vi incendit, deficere videntur: *& l. 5. in princ. de vi publ.* diserte loquitur de incendiario qui vim adhibuit: cæteroquin tantum Leg. Cornel, tenebitur: quod & ipse cit. Wesemb. magis probare videtur.

Lit. C.

Deportatione.] Extremum supplicium est in casu speciali *l. penult. h. tit.* & iuxta Treut. thes. præced. lit. F. *in l. 29. §. vltim. d. adulter.* & in genere in humilioribus pœnam adstruit Paul. *quint. sentent. 26.*

An vero ex sola oppugnatione.] Vera hæc sententia est: quia etiam qui arma cogit, qui homines convocat, in Legem Juliam de vi publica incidit *l. 1. passim, ad l. Iul. d. vi publ.* Et fallitur Wesembec. dum non sequuta effractione crimen putat non esse consummatum: quoniam hic non de crimine effractionis quæritur, sed illatæ vis publicæ, quod utique etiam citra effractionem consummatum est: & poterit tamen ea sequuta, pœna exacerbari, *arg. l. pen. h. t.*

Huc in imperio Romano.] Utiq; vim publicam facit, qui pacem reipub. turbat & frangit: de quo actum aliquid *supra disp. 25. th. ult. lit. A.*

Lit. D. & E.

Hanc quæ sine armis.] Sicut vis publicæ lit. B. ita & vis privatæ hanc descriptionem oportet esse vitiosam, siquidem duæ species violentię sine armis illatæ, à persona & in personam publicam, sub publicam vim pertinent.

In dubio privata vis censetur.] Non satis hoc capio, cum utraque species propriam & distinctam habeat essentiam: & cum sciamus, quid sint arma, quid persona publica, non video, quomodo vis huius generis privata præsumi possit. Nec quicquam huc pertinet *l. 42. d. pœn.* cuius decisio locum habere non potest, ubi de certo delicto constat, in cuius locum aliud levius substitui non potest: cæterum accusatoris erit intentionem suam probare, qui impediri non potest, quo minus *ex L. Iul. de vi publ.* experiatur.

Etiamsi verò iniuriarum actio.] Dubitari non potest quin ex uno eodemque facto violentiæ illatæ crimen privatum iniuriarum, & publicum ex L. Iul. nascatur: an autem & quatenus ex utroque actiones concurrant, alibi tractatur.

THESIS V.

LIT. A.

Lex Cornel. d. sicar.] Ita brevitatis causa Treut. appellat. Nam in *rubr. h. titul.* dicitur *de sicariis & veneficis*: & fortassis etiam in specie mentio facta incendiariorum, qui nec sicarij nec venefici sunt.

Homicidium aut cum voluntate.] Membrum utrumque *cum voluntate & citra voluntatem*, ambiguum est: quoniam actio quædam & ita homicidium fit ex proæresi & meditato, quod maximè voluntarium est: quædam sine deliberato proposito, ex calore iracundiæ, aut qua alia vehementiori perturbatione: quæ mixta quasi actio est, ita ut licet magis de voluntario participet, tamen facilius ita agentibus ad effectum mitigandæ pœnæ ignoscatur: de quo tractant Ethici, & Aristot. 3. Ethic. Ista enim accuratius hic exequi, hoc quidem tempore nostri instituti non est.

LIT. C.

Illud est dolosa.] Non tamen semper idem est doli gradus, veluti si quis in rixa & ex ira occidat: qua de causa Dd. homicidium à principaliori distinguere solent in dolosum & culposum: licet non minus culpæ quoque sui sint gradus. Prænotanda hic quoque distinctio doli, qui longe aliter dicitur in contractibus & delictis: unde quorundam distinctio, quod dolus vel sit verborum vel factorum. Ille definitur *in l. prima d. dol. mal.* quod sit machinatio alterius circumveniendi gratia, cum aliud simulatur aliud agitur. In delictis autem significat malum propositum, ita ut minime aliud simuletur, aliud agatur: quo proposito deficiente, regulariter nec delictum est, nec pœna: aliquando enim citra dolum V. C ad homicidium tendentem, in exemplum pœna etiam mortis infligitur: veluti si quis poculum amatorium dederit *l. si quis 38. §. qui abortionis. d. pœn.* quoniam scire quis debebat, ex eiusmodi poculo illicito, furorem & aliquando mortem sequi posse: atque ita hic culpa capitaliter punitur.

Dolus ex facto præsumitur.] In dubio in homicida præsumitur dolus, nisi à reo animum occidendi abfuisse probetur: quod,

quod videlicet abfuisse dolum, negat Treut. præsumi ex sola instrumenti qualitate : cæteroquin istius præsumtionis, si alia concurrant, rationem haberi, ostenditur ex *l. prima, § tertio, hoc titul.*

LIT. D.

Sui ipsius.] Stoici sapienti suo exire è vita & mortem sibi inferre permiserunt : de qua sententia, & in genere, an mortem sibi inferre liceat, in utramque partem vide differentem *Lipsium in manuduct. ad Philosoph. Stoic. libro tertio. capit. 22. & 23.* Saniores utique damnarunt, & nominatim *Aristot. 5. Ethic. ultim.* ubi docet, tum quod etiam injustitia quædam sit erga se ipsum : tum quod sibi ipsi violentas inferens manus, in rempubl. quam cive spoliat, sit iniurius, qua de causa ei etiam à republic. ignominia irrogetur: idque convenit cum iis quæ hic tradit Tr. quod nec luctu nec sepultura dignus iudicetur &c. qua in re apud varias gentes varie observatur.

Qui occidendi animo.] Negat eum supplicio capitali afficiendum, qui occidendi animo se ipsum læsit, nec perfecit. Et legimus *in l. 3. § .6. d. bon. eor. qui ante sentent.* quod si quis conatus sit se occidere, nec perpetraverit, debeat puniri : videlicet cum super crimine reus factus hoc attentasset : (de hoc enim casu ibi tractatur) quoniam ut subiicitur, de se sententiam tulit : & hoc nimirum ubi ex conscientia sceleris hoc fecit. Et adeo duo requiruntur coniunctim, ut criminis postulatus sit, & ut ex conscientia admissi delicti, non tædio aut impatientia manus sibi intulerit : & cum adultero deficiente deficiat decisio, errare oportet eos, qui simpliciter conato se occidere, pœnam mortis irrogari volunt : siquidem in dubio, ubi quis criminis postulatus non est, quin & non raro in hoc, impatientia aliqua aut morbus causam dedisse conatui illi præsumitur. Triplex autem de genere pœnæ, quoniam hic conatus impunitus esse non debet, videtur esse sententia. 1. quod debeat irrogari pœna mortis. 2. quod eiusmodi pœna, qualis statuitur in eum, qui alium occipendi animo vulneravit. 3. quod mitior debeat imponi pœna. Et potest videri secunda coincidere cum prima, siquidem sequimur L. Cornel. cuius reus est quicunque occidendi animo cum telo ambulat *l. 1. in pr. l. pen. C. eod.* quo respectu potest dici recte allegatus à Tr. *Damh. c. 88. n. 10.* secus autē

mori-

moribus & consuetudine, secundum quam non sequuta morte mitior & arbitraria pœna est. Sed ego tertiam sententiam contra Damhuder. itemque *Gomes.3.resolut. 3.num.* 14. quem pro se citat Treut. puto esse veriorem. Neque movet quod omnes obiiciunt, quod nemo sit dominus membrorum suorum *l.liber.homo.* 13.*in princ.ad* L. *Aquil.* vel quia dominus esse negatur eo sensu, quo dominij verbum in L. Aquil. usurpatum fuit, qua de causa non directa sed utilis actio datur: vel quia à negato hoc dominio, non infertur, quod sub ead. gravitate in se ipsum & in alium sit iniurius: quod tum probatur expresso textu *l.9.§.* 7.*d.pecul.* quod liceat homini naturaliter in seipsum sævire, tum ipsa res ostendit, quod videlicet homo plus juris in seipsum habeat quam in alium: cæteroquin non plus ipsi in bona propria quam in aliena liceret, contra *l.*21.*Cod. mandati*, ex qua arbitrium cuique in rebus suis etiam usque ad abusum permittitur: licet ita rebus suis abutens offendat Deum. Nihil etiam movet, quod iuxta *l.si quis* 38.*§.ultim.d. pœn.l.*6.*§.*7.*d.re milit.* miles qui se interficere conatus est capite plectitur: vel quia potest intelligi miles criminis reus fuisse, vel quia miles stationem ita suam, in quam à duce collocatus est, prodere, & tanquam desertor contra sacramentum militare peccare videtur. Et cum hæc ita sint, multo minus capitis pœnæ locus esse poterit in eo, qui in apparatu cædis occupatus fuit, quoniam hic actus est remotior, & pœnitentia adhuc potuit intervenire. Itaque negandum est contra Treut. idem esse in hoc, & in eo qui se vulneravit: nisi Treut. intelligit identitatem genericam, quod uterque arbitrariè, sed alter, altero gravius, quia arbitrariæ pœnæ varij sunt gradus, puniatur.

LIT. E.F. & G.

Sexus.] Iam supra *part.* 1. *disputat.* 2.*thes.*1.*lit.* C. falsum esse ostendimus Cujac. sententiam, qui fortassis proprietate idiomatis Gallici deceptus, 6.*observat.* 21. fœminam proprie hominem non esse, & in L. Cornel. nomen hominis per extensionem ad fœminam productum esse putat: neque quicquam ipsum iuvat, quod affert ex Græcis, quibus utique aliud ἀνὴρ aliud ἄνθρωπος sicut Latinis aliud homo est, aliud vir, cuius appellatione nemo unquam fœminam comprehendi dixit.

Etiam infantem.] De hoc constat *ex l.penult. Cod. h. tit.* non item

item de partu & fœtu abacto: & Treut. distinguit inter fœtum animatum & non-animatum, *ex cap. Moysis. 32. cap. 2.* quod totidem verbis extat apud *Augustin. in lib. quæst. veteris & novi testament. quæst. 23.* Sed locus qui citatur ex *Moyse Exod. 21.* obscurus & dubiæ est interpretationis. Lutherus ad ipsam mulierem læsam refert: sed explicatio communior ad fœtum: & ita apud Augustin. si quis percusserit mulierem in utero habentem, & abortiverit: si formatum fuerit, det animam pro anima: si autem informatum, mulctetur pecunia. Tractatur quidem ibi non de casu procuratæ abortionis: sed ita colligere licet, quod si isto casu formato fœtu, mortis pœna est, multo magis erit, si directo quid fiat ad mortem fœtus procurandam. Nihil autem huc pertinet *l. 1. h. tit.* nihil etiam *l. 1. d. parricid.* nihil *l. 15. h. t.* quoniam principium petitur, & hoc quæritur, an sufficiat mortis causam præberi ei qui in utero est. Videtur aliquid facere, quod plus est, adimere vitam mox nascituro, quam tantum hominis occidendi causa cum telo ambulare: hoc autem casu l. Cornel. locum habet *l. 1. h. titul. l. 7. C. eodem.* Facit *l. si quis 38. §. 5. d. pœn.* interprete quidem Frehero *1. parerg. 17.* ubi verba *d. §. 5. si mulier aut homo perierit*, ita explicat, si vel ipsa mulier, quæ poculum abortionis accepit, vel fœtus in utero perierit. Facit aliquid *l. 39. d. pœn.* quamvis ibi pœna ideo exasperata videatur, quod mulier pecunia accepta, ut legitimum heredem tolleret, partum abegit: cæteroquin pœnam capitalem non esse, probatur ex *l. 8. h. tit. l. 4. d.. xtraord. crimin.* quibus locis mulier quæ partum abegit, in exilium temporale mitti iubetur. Et Treut. quidem hos textus de fœtu nondum animato accipit, & habet ea distinctio rationem: sed vix puto, quod textus non distinguentes ita possint restringi, sed potius Impp. hoc considerаverint, quod partus in utero re vera nondum sit homo, & sæpe ex aliis causis mulier possit facere abortum: considerata fortassis etiam fuit ratio, quæ movit fœminam, ut procuraret abortum, videlicet non tam odium aliquod erga fœtum, quam V. C. odium erga maritum, veluti in specie *l. 39. d. pœn.* Et plane iure nostro existimaverim regulariter pœnam abacti partus non esse capitalem, sed ex causa potuisse talem fieri: qua gratia sub tit. *d. extraord. crimin.* istud relatum videtur. Frustra autem huc affertur quod in *l. 13. §. 3. d. adult.* nec spem matrimonii violari licere: ex quo ali-

Yyyyyy

qui etiam ad fœtum non animatum concludunt. Etenim utique nec hoc licet, sed non ideo pœna ordinaria homicidij irroganda venit: sicut & concumbentem cum alterius sponsa mitius puniri constat: utcunque fortassis ex l. Jul. quæ adulterium pœna capitis non vindicavit, eadem fuerit pœna: & præterea quod dicitur in *dict. l. 13. §. 3. d. adulter.* eo præcipuè pertinet, quod sponsa & qui cum ea rem habuit, jure privilegiato mariti possint accusari. Quando autem animatus dicatur partus, quod Treut. explicare conatur, medicis existimandum relinquimus: & vide quædam notata à *Gothofr. ad l. Cicero. 39. d. pœn.*

LIT. H.

Cædes.] Verbum hoc latius accipit, quia in exegesi subiicit, *sive occidat sive causam mortis præbeat*: oportet autem causam præberi directò argum. *l. 15. hoc titul.* ubi post regulam hanc initio propositam, subiicitur in §. 1. quod mandator cædis, tanquam homicida puniatur: & possunt eius rei varia esse exempla: si quis aliquem de ponte deijciat, ut submergatur: si aliquid obiiciat, ex quo mors sequatur &c. Oportet etiam dolo malo & animo occidendi causam præbitam esse: idq; à Wesemb. notatum n. 12. his verbis Tr. proponit: *quod restrictionem doli mali requirit.*

Medicus tamen & Chirurgus.] Cum hos ex l. Cornel. teneri dicat, non adversativè sed illativè potius concludere debebat: & tamen titulum illum *quod quisq; iuris in alium &c.* nihil huc pertinere, ultro est apertum. Videtur autem sibi ipsi quodammodo contradicere, dum ait eos non capitaliter sed arbitrariè esse puniendos: nisi fortè eò respexit, quod accusato ex L. Cornel. etiam arbitraria pœna irrogari potest, sed non tamen absente dolo ex L. Cornelia agi posse videtur, etiamsi adsit lata culpa *l. 7. ad L. Corn. d. sicar.* Sed nec recta oppositio est, *non corporaliter sed arbitrariè*: quoniam arbitraria etiam pœna corporalis esse potest: nisi forte pro *corporaliter*, legendum est, *capitaliter*. Et omninò ita est ut culpa medici vel judicis etiam, quem casum proponit Treu. non possit ordinaria pœna coërceri: siquidem hic nec lata culpa dolo comparatur *l. 7. h. t.* aliter quam in L. Aquil. ex qua, cùm pro damni restitutione actio sit, levis etiam culpa, quin imo levissima, venit *l. 44. ad L. Aquil. §. imperitia. 7. Instit. d. L. Aquil.*

Qui infantes exponunt,] Politici veteres, dum erroris opi-

nione

nione perfectam rempubl. describunt, eamque in perfectione sua non nisi sub certo numero civium subsistere posse putant, expositionem infantum, maximè imperfectorum & debilium, itemque abortuum procurationem non tantum permittunt, sed etiam sanciunt, & ex horum numero *Aristot*. 7. *Politic*. 16. qui tamen abortus quidem omnino sed jam natorum expositionem minus probat. Sed istam impietatem Romanæ Leges rectè damnant: & parum abest, quin occidere videatur, qui tenerum infantem, nullatenus sibi prospicere valentem, non nisi ad mortem exposuisse videri potest. Triplex autem circumstantia occurrit, propter quam mitigari debeat pœna. 1. ex constitutione Carolina *artic*. 132. si mors non fuerit sequuta: cum præsertim generali consuetudine conatus etiam proximus pœna ordinaria non soleat puniri: idque regulare esse, eoque rectius omissum fuisse à Treut. verbum, *præsertim*, existimo. 2. si ex urgenti causa, paupertate extrema partus fuerit expositus. 3. si in locis publicis, ubi vulgo iter fieri solet, & maxime in civitatibus infans expositus fuerit: & hoc amplius si in iis locis, quibus publico sumtu huiusmodi expositi infantes ali & educari solent.

Mandator etiam cadit.] Textus *in l*. 15. §. *hoc titul*. si tamen homicidium fuerit secutum: quo referendum est quod ait Tr. mandato probato, intelligi probatum homicidium: cæteroquin propter rem mali exempli extraordinaria pœna locum habebit: quoniam istud L. Cornel. non observatur, ut qui occidendi animo cum telo ambulavit, homicidij teneatur: quamvis plus sit ita ambulare, quam simpliciter mandare: & aliàs multo magis ex L. Cornel. teneretur, qui occidendi animo hominem vulneravit, contra quam hic tradit Tr. De eo qui simpliciter vulnerari mandavit, vel etiam de non occidendo protestatus est, dictum est *supra p*. 1. *disp*. 27. *th*. 3. *lit*. G.

Lit. I.

Cuius pœna.] Ipse JCtus *in l*. 3. §. *pen*. *h*. *tit*. opponit *olim* & *hodie*, quod scil. temporibus, Legem Cornel. sequutis gladij pœna imponi solita fuerit: & tamen sub distinctione personarum *d*. *l*. 3. §. *pen*. & *l*. 16. *h*. *tit*. ut verum esse non possit, quod Treut. inter nobilem & plebeium distinguendum esse negat: ubi tamen homonymia est in verbis, *plebeij* & *nobilis*: quoniam plebeij oppo- Pœna homicidij Voluntarij.

siti patritijs, ut apud Liv. & alios, multi nobiles erant: sicut & plebejus familia, sed virtute prædicus & in dignitate positus, nobili simplici, qui nihil nisi majorum stemmata jactare potest, merito hac in re potior haberi debet. Solent à ICtis humiliores opponi honestioribus & in dignitate positis: quam distinctionem qui jure nostro in irrogandis pœnis attendi negare audeat, ei helleboro fuerit opus. Sed alias elegantissima illa Politica sive Ethica potius quæstio est, an pœnæ ad proportionem sint infligendæ Arithmeticam, an Geometricam: quod posterius licet ab omnibus pene communissime receptum sit, ab Aristot. tamen contrarium perspicuè probari videtur qui lib. 5. Ethic. super synallagmatis, quorum speciem facit expresse delicta, jus dici vult, proportione Arithmetica. Bodin. *lib. 6. d. republ.* proportione harmonica rationib. Arithmeticis & Geometricis temperata pœnas irrogandas esse censet: & habet illa sententia rationem, vel ideo, quod si in quibusvis delictis, qui dignitatem opes famam & nobilitatem habent, iuxta Arithmeticas rationes, cum vilibus & humilibus, punirentur, & idem genus pœnæ cuiuscunq; æqualiter iis irrogaretur, re vera inæqualitas & iniquitas ea pœnæ sit futura. Sed diffusior hæc quæstio est, quam ut à nobis angustia temporis exclusis, plenius tractari possit.

Statutum autem.] Cum ipsa natura inter homines cognationem constituerit, vix atrocius delictum est homicidio: & vox Dei est & naturæ, ut sanguis eius fundatur, qui fudit sanguinem: cuius cum nulla proportio sit ad pecuniam, merito statutum, quo pœna pecuniaria homicidæ irrogatur, irrationabile haberi debet. Nec video hinc dissentire *Bart. in l. 1. d. publ. iud.* sed ille ibi *n. 11.* quæstionem movet de statuto alterante pœnam, modum autem alterationis non proponit.

Quin etiam dilecti pœna.) Hac de re an cognatis cum homicida transigentibus mitigetur pœna, aliquid dictum est *supra p. 1. disput. 7. th. 5. lit. D. in f.* Et Treut. hic postulari tamen ab alio posse ait: quod in publicis judiciis manifestam habet rationem: quoniam privatim facta remissio vel transactio tertio jure suo utenti obstare non potest: & alias facile prece vel pretio pœnam delicti quis evitaret: itaque nec minuenda quidem propter huiusmodi privatam conventionem pœna videatur; nisi forte ubi jus quod-

dam

dam speciale accusandi proximi cognati habent: quod ex jure Saxon, eos habere *d.disp.7.* refert Tr. tantoq; magis videbitur valere statutum hoc casu mitigari pœnam volens, contra quam putat Tr. si proxima à morte pœna infligatur: cæteroquin iniquum fuerit statutum: vel ideo, quod per remissionem consanguineorum, qui nullum jus in defuncto habuerunt, expiari homicidium non potest: eoq; facilius admiserim mitigationem, ubi ipse occisus, quem etiam casum Tr. proponit, antequam moreretur remisit culpam.

THESIS VI.

Lit. A.

Citra voluntatem.] Hoc quoq; ambiguè dici, ex ipso Tr. apparet, qui & fortuitum & ob sui defensionem commissum homicidium sub istam speciem refert: quod posterius tamen voluntarium utiq; est, sed maligno occidendi animo destituitur: quin & actus metu extortos, veluti si quis proposito mortis metu aliquem occidere cogat, voluntarios magis esse, recte docet *Aristot.3.Ethic.ca.1.* Sed in eiusmodi casibus circumspectus judex pœnam moderabitur. Sed & phrasis, *mereri veniam*, non eodem modo de omnibus subiectis casibus prædicatur.

Aut casu.] Et hic quoque non unius est generis: & est casus aliquando purus, aliquando culpæ mixtus, cuius itidem variæ species & exempla: veluti si quis sclopetum, quod pulvere & glande plumbea oneratum esse ignorat, joco in aliquem intendens, occidat: si in loco non solito jaculis se quis exerceat: si putator ex arbore deiecto ramo, cum non proclamasset, prætereuntem interfecerit, maxime in loco qua vulgo iter fieri solet: quo pertinet *l.7. h.t.* sed alter ibi casus, si quis præcipitatus ex alto super alium veniat, inepte sane & absurde sub latam culpam, quæ dolo comparari solet, mihi referri videtur.

An verò cedere volens Titium.] Quærit, si qui Titium occidere vult, lapsus in persona, occidat Sempronium, quem Titium putabat, ordinaria L. Cornel. pœna teneatur. Pro negativa disputari solet, quod in L. Cornel. nec lata quidem culpa æquiparetur dolo, *l.7. hoc titul.* & quod in eadem animus & propositum attendatur *l.divus, eod.* quod propositum in persona Titij nullum

fuit: quod qui servo suo pugnum ducere volens, alium offendit, non teneatur iniuriarum *l.4.d.iniur.* Sed responsio ad ista facilis est: & ad 1. quod hic minime deficiat voluntas & lata culpa quin imò nec dolus: quoniam ut Treut. ait non necessum est adesse voluntatem occidendi Sempronium, sed sufficit adesse animum occidendi in genere. Quamvis istud non satis ad propositum facere videatur: quia non hic est casus, quo quis constituit occidere quemcunque sibi oblatum: sed quo animus in specie est occidendi Titium, & per errorem in persona occiditur Sempronius, quem ille si cognovisset occisurus nunquam fuisset. Sed nimirum ita responsio ista Treut. explicanda videtur, quod non necessum sit, in eandem personam idemque corpus concurrere animum & factum occidendi, sed L. Cornel. locus sit etiamsi homicidium in alterius persona perficiatur: quoniam error, qui non est in proposito, sed tantum in obiecto, nequit excusare, cum homicidium in cuiuscunque persona sit illicitum, adeoque nihil referat quis occidatur, modo animus occidendi licet non hunc sed alium praecesserit. Ex quo consequitur, verissimam plane esse & necessariam limitationem in f. huius lit. à Treut. propositam: *nisi quis in percutiendo adversario probabiliter potuisset excusari*: V.C. si alterum stricto me invadentem gladio petere defendendi causa volens, (neque enim primus ictus expectandus est,) aliquem sese interponere volentem occidam, non tenebor ex L. Cornel. quoniam iste actus defensionis jure licitus est, & si occidissem me invadentem, ex L. Cornel. conveniri non potuissem: idq; est *quod Gomes. ait. 3. resol. 3. num. 35.* occidentem non dedisse operam rei illicitæ. Et hanc limitationem disertè probat constitutio *Carolina art.* 145. quem textum cum citet Treut. non satis intelligo, quid sibi velit illis statim adjectis verbis: *qua limitatione adhibita etiam mortis pœnam ordinariam imponendam reor*: quæ quidem non aliter intelligi posse videntur, nisi quod extra casum, quo quis jure offendere alium poterit, mortis ordinaria pœna sit irroganda. Sed ista otiosa repetitio est eius, quod jam dixerat in princ. d. lit. ubi Gomez pro se citat, quem tamen in f. allegat pro dissent. & ille quidem sententiam Bartol. quam Tr. probat, in puncto juris ait esse verissimam, alteram autem in praxi servandam: quo respectu fortassis Treut. allegavit pro dissentientibus Dd. *in l.2. Cod. hoc tit.* apud

apud quos tamen nihil tale reperio. Verum iam dictæ limitationi objicitur textus, quem terribilem appellat Gomez. *in l. scientiam* 45. §. 4. *ad L. Aquil.* ubi dicitur eum teneri L. Aquil. qui alium percussit lapide, quem defendendi sui causa in adversarium miserat. Sed respondetur, eum fuisse in culpa, quod fortassis temere, & non sub iusto moderamine in adversarium remotiorem jecit lapidem: cæteroquin L. Aquilia teneri non posset, si omninò justa fuisset defensio, per eundem §. 4. sed & levissima etiam culpa, propter quam actio L. Aquil. datur, in L. Cornel. sufficere non potest. Sed ut redeamus unde digressi sumus, *ad l.* 4. *d. iniur.* perspicua responsio est, quod dominus propter jus potestatis non possit iniuria afficere servum, cui nec ab alio nisi respectu domini fit iniuria §. *servis*, 3. *Institut. d. injur.* adeoque cum in specie *dict. l.* 4. deficiat animus iniuriandi, cessat etiam iniuriarum actio: cæteroquin, in homine libero secus esse docet *l.* 18 §. 3. *d. injur.* quem textum *Zas.* 2. *intellect. singul.* 17. male in contrarium sensum detorquet, quasi non teneatur iniuriarum, qui cum alij iniuriam facere vellet, mihi ignoto eam intulit: etenim expressè proponit ICtus Cajo dictam iniuriam, quam quis Lucio dicere volebat. Et iste igitur textus bene confirmat Treut. sententiam, & hæc amplius ratio, quod si ex L. Cornel. tenetur, qui occidendi alicuius causa cum telo ambulavit, multo magis tenebitur, qui insuper hominem occidit: hactenus enim tantum per consuetudinem generalem derogatum est L. Cornel. ut solus conatus non sufficiat, hic autem etiam ipse actus & homicidium licet in alterius persona sequutum est.

Lit. B.

Ab infantibus.] Rationem reddit Treut, quia doli sint incapaces, idque rectè ad eos, qui infantiam septimo anno determinatam excesserunt, produci ait, modo doli non sint capaces. Et ergo cum hactenus eadem horum, quæ infantium ratio sit, rectius in genere dixisset, eos qui propter ætatem doli sunt incapaces, & hos videlicet qui jure nostro nondum sunt proximi pubertati, & ut quidam definiunt nondum excesserunt 10. vel 11. annum: quamvis & hic malitia possit supplere ætatem ut tamen non facile pœna capitalis irrogetur: sed ista ex circumstantiis prudens judex æstimabit.

LIT. C.

Furiosis] Res est certa in furiosis quà talibus, tum quia abest dolus, tum quia ipso furore satis puniri dicuntur *l. 14. d. offic. præsid.* Pro delicto autem in intervallis vel omnino ante furorem commissis, ut capite puniantur, non inepta ratio *Geil. 2. observ. 110. nu. 10* quod pro mortuis habeantur, sed pietas & consideratio salutis animæ, prohibet, ut maxime aliud ab Ethnicis Impp. fuerit constitutum *in l. 14. d. offic. præs.* quo textu Damhuder. utitur: ille tamen textus eius sententiam expresse non confirmat.

Furori comparatur iracundia] Scilicet iuxta vulgatum illud: ira furor brevis est: & iratum à furioso non nisi tempore differre, Cato olim dixit, teste Plutarch. in apophthegm. quod, & quam similes furiosis ira hominis efficiat, videre est apud *Senec. libr. 2. de ira cap. 35. & 36. & lib. 3. capit. 4.* in quam rem sexcenta adduci possent, si locos communes contexere liberet. Et tamen comparatio ista non parum claudicat: quoniam non ita male agitur cum ratione humana, ut quibusvis affectibus succumbere necesse habeat: & licet primi motus negentur esse in potestate nostra, attamen ut ijs obsistamus, in potestate est nostra: & proinde quæ ex ira fiunt, voluntaria magis habenda sunt, quod & *Sen. docet lib. 2. d. ira capit. 1. & 2.* ut tamen propter infirmitatem humanæ naturæ quæ difficulter justum dolorem mitigare potest *l. 4. Cod. d. adult.* pœna mitigetur: & hoc tamen duobus illis concurrentibus, quæ recte hic notat Treut. 1. ut fiat durante adhuc ira & perturbatione. 2. ut justa sit iræ causa: quamvis secundum *Stoicos* nulla satis justa iræ causa esse debeat: sed ea opinio & à Peripateticis damnatur, qui affectus plane vitiosos esse negant: & in hominibus quales vulgo sunt, frustra eam perfectionem requiras.

Eandem distinctionem in crimine blasphemiæ.] Impia hæc sententia est: quoniam iusta quidem aliqua in hominem, sed nulla in creatorem justa ira, quin ea nō nisi detestandum scelus esse potest. Ethnica ista sunt *ex l. 2. C. d. reb. cred. Tacit. 1. annal.* Deorum injurias Dijs curæ esse: & quod scribunt *Tertull. in apologet. Minut. Felix. in Octavio*: tutius apud gentes per omnes Deos quam per genium principis pejerari. Hæc sc. ad gentes, earumque commentitios Deos sunt releganda.

Sic pater licitè.] Et ergo male hoc aut infertur aut confertur cum priori: quoniam per iram licite non occiditur: pater autem omninò impunè habet, idque non tam, vel utique non tantum propter justam iram, quam propter jus potestatis, si adulterum in filia deprehensum, modo & ipsam filiam simul, occiderit *l.* 33. *d. adulter.* Estque hoc merè juris positivi ex L. Iul. *l.* 23. *d. adulter.* veræ autem justitiæ rationi satis convenire non videtur.

Idem conceditur marito.] Videlicet secundum quid, non omnimodo: quoniam pater quemvis, maritus non nisi adulterum vilis conditionis impunè occidit *l.* 24. *d. adult.* ut tamen si alium, mitius puniatur *l.* 4. *Cod. d. adulter.* sed videri possit idem omnino jus marito permissum, per *Novell.* 117. *cap. his quoq;* 15. ubi tantum præsumtū adulterum quemvis, post tres denuntiationes cum uxore convenientem, non concumbentem, marito occidere permittitur: neque enim præsumtio quæ ex triplici denuntiatione nascitur, plus & violentius operari potest, quam ipsa deprehensio in opere: facit quod ex hac ratione Iustin. occidere permittit, quod ex eo solo censeatur adulterij cōvictus. Itaq; poterit hodie quemvis adulterum deprehensum occidere maritus, licet frequentius videantur dissentire *Dd. in l.* 4. *C. d. adult.* Poterit, *sc. ex* N. 117. moribus enim nostris ista non admittuntur.

Aliisq; in raptorem.] Videl. etiam consanguineis, tutorib. curatoribusq; *l. un. in pr. C. d. rapt. virg.* ut hoc odio magis raptoris permissum appareat.

Et transfugam.] Istud quidem nihil ad iracundiam pertinet, sed transfugæ tanquam hostes occiduntur *l.* 3. *§. ult. h. t.*

Cæteroquin iracundia.] Oportet hoc intelligi, ubi vel non justa iræ causa subest, aut factum ex intervallo sequutum est: quibus duobus concurrentibus, ubi homicidium durante justa ira commissum est, pœnam mitigandam esse supra dixit.

Idem de amore ajo.] Amor scilicet dicitur quædam insania mentis, & à Platone in Phœdro non semel *μανία*: & Justin. *Novell.* 74. *cap.* 4. nihil ait esse vehementius furore amoris, quem cohibere perfectæ sit philosophiæ. Cæterum *Menoch. cas.* 328. *Clar. quæst.* 6. *numer.* 10. alia delictorum genera, stupra & magicas artes enumerant, quibus ob amorem ignoscatur: homicidium autem non videtur fieri posse nisi ob zelotypiam, qui affectus ad ex-

cuſandum homicidium non ſufficit: quin nec amor cum ira hac in re recte comparatur:(cæteroquin qui amatorium poculum exhibet, non deberet puniri capite, quod ipſe affirmat *Treut. theſ. ſeq. lit. D.*) & non elegantes, ſed ineptæ prorſus ſunt rationes, quibus ad excuſandam fœminam ex prætenſo amore ſcortantem dicto loc. utitur Menoch. quod amore capta furioſa dicatur: quod coacte ſe proſtituat: quod propriè non agat luxurioſe: quod amor omnibus imperet: quod adeo qui ſuperioris mandato obedit, culpa carere dicatur: quod mulieri amore captæ impoſſibile ſit ſe continere: quæ rationes nec refutationem quidem merentur: quamvis & ipſe Menoch. jocando à ſe iſta fuiſſe prolata profiteatur.

LIT. D. & E.

Agit hic Treut. de dormientibus & ebrijs: & cum illos, ſi ſciant ſe in ſomnis oberrare ſolitos, itemque ex iracundia & amore peccantes extraordinariæ pœnæ ſubiiciat, ijsque ebrios opponat, ſatis apparet, quod in his ordinariæ pœnæ facit locum: quæ nec *Geil. 2. obſervat.* 110. exceptis ſingularibus caſibus ſententia eſt, & juri noſtro refragatur *in l. 6. §. 7. d. re milit. l. 12. in f. princip. d. cuſtod. reor.* tum etiam rationi, quoniam in obfuſcato per vinum judicio, verus dolus & propoſitum eſſe non poteſt: & ei quod ex ſententia Pitaci poſt alios Geil. etiam movet, ebrios duplici pœna eſſe dignos, ſatis reſponſum eſt *ſupra part. prima, diſputation. 6. theſ. 5.*

LIT. F.

Coacte.] Pinguius utitur hoc verbo, quoniam actus defenſionis contra aggreſſorem omnino voluntarius eſt, licet defenſor homicidium per ſe nolit, & extra periculum conſtitutus, hominem non occideret.

Et quidem quemvis.] Equidem boni publici cauſa principi, cum quo publica ſalus conjuncta eſt, à ſubdito, quantum fieri poteſt parcendum eſt, & extrema potius quæque tentanda, quam ut ille occidatur. Sed ubi nulla prorſus alia ratio eſt expediendæ ſalutis, naturalis ratio defenſionis reſpectum iſtum ſubiectionis excludit, & contra principem latronis perſonam induentem, juſtam & neceſſariam defenſionem permittit. Et hoc ipſe Clar. permittit in aliis principibus, excepto Imperatore & Papa: verum quę

in his

in his est præeminentiæ ratio, ad differentiam hac in re inducendum sufficiens esse non videtur.

An vero qui alium.] Ignoscendum scil. aliqua ex parte ei est, qui utcunque cum alterius periculo, morti imminenti sese eripere cupit: quæ res merito ab ordinaria pœna excusare debet: neq; hinc dissentit *Clar. in §. homicidium. nu. 31.* ubi negat hunc teneri de occiso, aliqua autem pœna afficiendum esse non negat.

L i t. G.

Tum fama.] Colligitur quod Treut. non minus propter famam, quam propter vitam tuendam admissum homicidium excuset: tum quod hæc duo ita inter se comparat, tum quod sequitur Clar. qui *in §. homicidium. numer. 26.* diserte affirmat, licere interficere pro defensione honoris, si immineat aliquod periculum iniuriæ personalis. Sed miror, tam absurdam & juri nostro rationique adversam sententiam, quam ipse Treut. improbat *supra p. 1. disputat. 18. thes. 7.* viris doctis probari posse. Etenim quod re vera mihi auferri nequit, ejus retinendi gratia hominem me occidere posse prorsus irrationabile est. Atqui per injurias alterius fama mihi auferri non potest: nimis enim male ageretur cum hominibus, & loco nimis lubrico eorum fama & honor positus esset, si ab alterius arbitrio penderet. Sed indulgeamus etiam vulgato errori, quod per iniurias illatas alterius famæ detrahatur, & quædam infamia irrogetur, iste tamen ut propterea homicidium justificetur, sufficere nunquam poterit, contra leges divinas & humanas. Et hinc est, quod *in l. 7. in princip. quod met. caus.* timor infamiæ eo edicto contineri & justa causa restitutionis esse negatur: quia scil. iste metus justus non est, neque infamia quis ob injurias privati, sed Lege vel sententia ob delictum suum notatur. Nec quisquam tam vacui capitis esse potest, ut non intelligat latissimam hac in re vitæ & famæ differentiam. Illa ablata non reparatur, hæc vero nec aufertur re vera, & læsa restitui & reparari potest, & jure legitima remedia prodita sunt, quibus famæ nostræ consulamus, judicia civilia & criminalia, & præterea hodie actio ad recantationem. Revera, & in leges & magistratum injurij sunt, qui hunc adire parum honorificum sibi esse putant, & jus se ipsos vindicandi pravo more sibi usurpant: pravi & illi juris antistites, qui pravis hujusmodi opinionibus legum fundamenta convel-

lunt, & huiusmodi barbaræ sententiæ patrocinantur. Et frustra hic obiicitur *l. 8. in f. quod met. caus.* quæ est de speciali in corpus iniuria per stuprum, cuius causa Romanis legibus occidere permissum *l. 1 § 4. d. sicar.* Ineptius obiicitur *l. 9. d. manumiss. vindict.* quoniam est manifestus paralogismus, in uno aliquo singulari comparata, absolute facere æqualia: nimirum ut minor justam causam habeat manumittendi servi, sufficit per hunc illius vitam vel famam esse conservatam, quippe cum etiam sufficiat, si minor procuratore indigeat, aut ancillam uxorem ducere velit §. 5. *Institut. qui & ex quib. caus.* Multa inter se prorsus diversa, ad unum aliquem effectum operandum, eiusdem potestatis esse possunt: quemadmodum variç sunt exheredationis, privationis feudi, revocandæ donationis causæ, ad istum effectum æquales, cæteroquin inter se prorsus inæquales: quo eodem modo absolutè inter se vita & fama pessimè comparantur: de qua re etiam aliquid notavit Freher *lib. 2. d. fam. cap. 9.* & magis perspicuè *cap. 10. in f.* Nihil etiam movet *l. 3. d. iustit. & iur.* ibi *ut vim vel iniuriam*: vel quia, ut aliqui respondent, licet quidem propulsare iniuriam, verum non occidendo, sed verbis retorquendo, *ut Treut. supra p. 1. disputat. 18. thes. 7. lit. B.* vel quia intelligitur iniuria per vim corpori illata; quod arguunt verba seqq. *quod quisq; ob tutelam corporis sui &c.*

Nec licet duello aliquem inficere.

Duellum utique.] Propositiones istæ, quod licitum sit pro defensione honoris duellum suscipere cum provocante & citra pœnam legis Cornel. provocantem occidere: quod & *amplius* liceat provocare alium: impię, divino, civili & Canonico juri contrariæ & damnatæ, & JCto indignæ sunt: siquidem privatam stabiliunt vindictam, magistratui, ordinationi divinæ autoritatem suam detrahunt, & injustitiæ eum arguunt. Sanctissima illa lex est quæ apud barbaros populos Moscovitas sancita fertur, ut eius qui aliquem provocaverit, omnia bona confiscentur: quoniam injustitiæ censeatur damnasse magistratum, & huius jus vindicando sibi usurpasse: idque tanto minus ferendum, quod de vita hominis agitur. Equidem inolevit pravus mos & præsertim inter Nobiles, ut infame habeatur non provocare ad mortale duellum vel leviter offendentem, multoque magis, provocantem non sequi: & elegans hac de re disputatio est cuiusdam Galli Michaelis

de

de Montaigne, quod hodie hac in re pugnent inter se leges justitiæ reipublicæque, quæ severe prohibeant duella, cum legibus honoris. Verum hunc barbara morem, invexit patria: quod præsertim ille non verus honor nec vera infamia sit: neque consuetudo illa, quæ præsertim legibus publicis damnatur in Dei tremendo judicio homicidam poterit excusare: & illi non levi crimine sese obstringunt, qui perversæ huic consuetudini opinionibus suis adstipulantur, & periculosè gratificantur. Canones certe eos qui in duellis hujusmodi pereunt, perpetuo tanquam homicidas sui ipsius, periisse iudicant, & sepultura indignos censent. Plane in secunda propositione colorem aliquem habet assertio Treut. si judicis vel conviciatoris in judicio copia haberi non possit. Sed defectum judicis rarum esse oportet: & color iste tantum est qui homicidam vindictam privatam ex injuriante persequentem, nunquam, præsertim in judicio Dei excusabit. Sed de his fortassis aliàs plura.

LIT. H.

Et bonorum.] Et ergo, ut videtur, Treut. etiam ob defensionem bonorum homicidium licitum esse putat. Quæ sententia & ipsa falsa est, ab ipso Treut. recte improbata supra *part.* 1. *disputat.* 1. *th.* 4. *lit. B.* quoniam nulla quoque inter bona & vitam proportio est, & perinepti, qui vulgata illa dicteria, quod bona sint alter sanguis hominis, nobis hic reponunt: & *in l.* 1. *Cod. h. tit.* defensio quidem bonorum, sed non occisio permittitur, nisi ex invasore bonorum quis fiat aggressor corporis, & me bona mea jure licito defendentem, armis invadat. Comprobat autem opinionem suam Treut. à jure occidendi furem nocturnum & diurnum. Et 1. ait, hinc esse quod liceat occidere furem nocturnum si ei sine periculo bonorum parci non possit. Sed hæc sententia nullibi expressa est: verum ex L. 12. tabb. simpliciter licet occidere furem nocturnum: quia nescitur, an ad occidendum animo latronis venerit: postea receptum: ut occidere non liceret, nisi adiecto clamore, & simul si adesset periculum corporis *l.* 9. *ad L. Cornel. d. sicar.* quod tamen ob conditionem huius furis in dubio semper præsumi dixerim: de quo actum *supra disputat.* 30. *thes.* 2. *lit. B.* Deinde ait Treut. furem diurnum occidi posse, si ei citra corporis periculum & præsens bonorum detrimentum parci ne-

queat. Sed de corpore hic non disputatur, idque vitiosè aut captiosè, ut fallacia lateat, huc affertur: sed quo ad periculum rerum mera petitio principij est. Et cum, ut dictum pene in fure nocturno requiratur periculum corporis *dict.l.9.h.tit.* quanto minus, ut fur diurnus occidi possit, sufficiet periculum rerum & bonorum: quin imo non aliter hic occidi potest, qnam si telo se defendat *l.4.* §.1. *ad L. Aquil.* ita scilicet se defendat, ut simul telo in defendentem res suas uti sit paratus: quia ita non amplius simplex fur est: quod etiam traditur *in l.54.§.2.d.furt.* quem text. cum *d.l.9.h.t.* male Tr. pro se adducit.

LIT. I.

Amicorum & quorumvis oppressorum.] Latius quam par est, hoc loco defensionis materiam pertractare videtur: de qua jam actum *supra part.1.disputat.1.thes.4. & ead.p.1.disputat.18.thes.7.* Est autem hæc quæstio non inelegans, an ab aliis quoque personis vim illatam depellere, & huius rei gratia alium occidere fas sit. Et ex duplici, quæ etiam in defensione proprii corporis necessaria est, hypothesi, vim esse iniustam neque aliter eripi & evadere alterum posse, affirmandum putarim: non tantum in liberis & parentibus, non tantum in aliis sibi coniunctis sanguine *l.1.§.4.b.tit.* non tantum in coniunctis eiusdem civitatis & reipublicæ, sed etiam in coniunctis latissima ea cognatione, quam inter homines omnes natura dicitur constituisse, *in l.3.d.iust.& iur.* Ubi enim alterum perire necesse est, justius est, ut pereat violentus invasor. Alia quæstio est, an etiam quivis, & quo iure hoc facere teneatur: quam quæstionem cum illa Treut. confundere videtur: dum ait, teneri succurrere jure Canonico, non civili; & mox subiicit, quod alii distinguant inter personas necessarias & extraneas: ubi & occurrere videtur alia confusio: etenim non valde dubitatur, an in genere alium defendere liceat: sed hoc, an liceat hactenus, ut etiam defendendo alterum permissum sit occidere. Quod ego in terminis paulo ante positis affirmari posse jure crediderim: etiam citra Treut. illam distinctinonem, quam his verbis proponit: *nisi enorme illis crimen immineat*: quamvis quodnam crimen intelligat, non satis capiam: aut si periculum enorme intelligit, nec dubitandi ratio est, quia ut homicidium excusari possit, in periculo mortis eum qui defenditur esse oportet. Ergo omnino licitum est, alium

alium defendere. Teneri autem quem, facile non dixerim, siquidem nemo alterius causa periculo sese tenetur exponere, citra quod, si defensio fieri possit, procul dubio peccat, qui hominem deserit: nulla tamen jure civili in eum pœna constituta est. Et solet huc adduci *l.9.§.1. quod met cauſ.* iuxta quam & jure quis accipit, & stipulatur aliquid isto nomine, quod aliquem ex periculo quod latrones inferebant eripuerit. Ex jure autem Canonico, obligari & teneri quemvis alteri succurrere, & iniuriam quam, cum potest, non prohibet, videri facere, probant *ex capit. quanta 47. d. sent. excomm. cap. sicut dignum 6. §. Illi etiam. d. homicid. cap. cum dilecto 6. verſ. & quidem d. sent. excomm. in 6. cap 7. & 8. cauſ. 23. quæſt. 3. iuncto cap. ult. ibidem.* Idq; officii ratio ipsa jubet: unde Cicero lib. 1. offic. hanc quoque injustitiæ speciem esse ait, si quis ab iis quibus infertur, cum potest, non propulsat iniuriam.

LIT. K.

Cum moderamine.] Hoc in eo in genere positum est, ut offensioni sit proportionata defensio: quæ proportio consideratur, tum in armis, ut eorum, non quidem omnimoda, sed tantum proportionata sit æqualitas, ut *not. sup. part. 1. diſputat. 18. theſ. 7.* tum in tempore & modo, ut fiat statim in continenti, nec ultra quam exposcit salutis conservatio, ne incidat aliàs in ultionem: quod si fiat, pœna aliqua, verum ea extraordinaria & mitior veniet imponenda: quia nec plane absolvi potest ob excessum, & excusatur tamen: quoniam ab altero initium processit, & initium defensionis in persona occidentis licitum fuit, & difficile est tenere modum, & continere sese intra terminos defensionis. Nec hinc dissentiunt citati à *Fachin. 1. controv. 32.* non *Salicetus in l. 4. C. d. adulter.* quinimo tradit ille ibi col. pen. si judex ex indiciis legitimis aliquem subiiciat torturæ, & modum excesserit, & tantum fuerit in culpa, eum propter initium legitimum excusari. Non etiam *Baldus in l. unic. Cod. d. emend. serv.* ubi tantum in genere notat, quod aliquando propter moderationis excessum homicidij pœna possit imponi: quod recte positis terminis verissimum est: ut videlicet homicidij teneatur, qui occidit eum dolo malo, quem castigandi habet potestatem: veluti pater filium, præceptor discipulum, maritus uxorem, dominus servum: quod si enim hi dum jure suo istas personas castigare volūt, vel iis resistentibus vel alias

non

non dolo malo occidant, dubio procul ordinaria homicidij pœna non tenebuntur.

Etiam ubi bona per vim.] Nemo ita absurdus est, ut pro asserendis & recuperandis bonis, etiam ex intervallo hominem occidi posse dicat: sed ea plerorumque sententia est, quod verba, in continenti, aliter explicentur, ubi agitur de asserendis bonis: quoniam V. C. possessionem, de qua deiectus quis est, intra spacium paulo laxius recuperare licet, de quo supra actum *p.1. disp. 18. th. 7. lit. D.*

Quando verò ad sui defensionem.] Qui exceptionem hanc allegat, eam probare necesse habet, quæ probatio cum fiat pro defensione, etiam levioribus coniecturis instrui potest: quæ videtur sententia Treut. remittentis se ad Fachin. qui lib. 1. controvers. 27. ex circumstantiis æstimandum ait, an probabilis sit allegatio defensionis. Quod si nihil tale militet pro reo, vix ab ordinaria pœna poterit excusari, arg. *l.1. C. h. tit. l.5. C. d. iniur. & cap. 1. d. præsumt.*

THESIS VII.

LIT. A & B.

Ait veneficos esse, qui venenum faciunt hominis necandi causa: & mox, etiamsi ipsi non exhibeant, sed tantum in eum finem vendant: fortassis, quia propter hoc ipsum ut vendant, facere solent: cæteroquin aliud est facere tantum, aliud vendere: licet utrumque vindicetur L. Cornel. *l. 1. §. 1. & l.3.* neque mirum, cum ex eadem L. teneatur, qui occidendi causa cum telo ambulat: quod cum hodie generali consuetudine mutatum sit, venenarij quoque illi mitius puniendi videantur: quamvis longe atrocius crimen sit, venenum parare in hominis necem quam gladium *l. 1. C. d. malefic.* qua de causa constitutio Carolina atrocissimum mortis genus huic delicto imposuit.

Qua teneri puto.] Referendum hoc est ad id quod in thesi de pœna gladij dixerat: quoniam pœna constitutione Caroli art. 130. imposita, nimis atrox sit in eum, qui exhibito poculo amatorio causam mortis præbuit: cum etiam pœna gladii hic durior videatur, deficiente maligno proposito occidendi, & impellente amore, quem Treut. thes. præced. lit. C. iustam causam esse dixit

miti-

mitigandæ pœnæ: veluti Imp. Tiberius atrox crimen à Mundo Juvene Romano comissum, eo quod ex amore impulsus fecisset, clementer satis vindicavit, ut refertur à *Iosepho lib. 18. antiquit. cap. 17.* & in exemplum tantum defenditur illa pœna, in *l. 38 § 5 d. pœn.* licet, ut notatum *thes. 5 lit. G.* iuxta interpretationem Freheri, pars secunda *d §. 5.* de mortua muliere vel homine, nonnisi ad poculum abortionis pertineat.

Lit. C.

Qui magicis artibus utuntur.] In perniciem scilicet hominum: cæteroquin qui improbæ & periculosæ cuiusdam voluptatis gratia his artibus utuntur, non videntur dici posse venefici. Magiæ autem verbum ambiguum est: quoniam apud Chaldeos Æthiopes & Indos magi olim appellati fuerunt, qui sapientiæ studiis se dedidissent, ita ut simul prædicendi futura artem quodammodo profiterentur: de qua re latissimè tractat *Martinus Delrio in disquisition. magic. tom 1. cap. 2. & seq.* ubi etiam dividit magiam in naturalem, artificiosam, & Diabolicam: quam posteriorem speciem tantum à Tr. intelligi, apparet ex verbis, *qui cum Diabolis commercium habent.*

Mathematicorum nomine.] Definit esse eos, qui superstitiosè Astrologia in vaticinando abutuntur: qui sc. cum maleficis coniunguntur *t. t. Cod. d. malefic. & Mathem. at.* Gravis autem illa quæstio est, an ex astris futura, & quæ cuique obventura sunt, prædici queant, & an ars sive scientia potius quæ istud profitetur, pro licita, an pro illicita sit habenda. Plane eam apud Judæos nusquam exercitam legimus, quin imò Deus sub appellatione prognosticorum illud genus hominum damnasse videtur, damnata etiam scientia ista & curiositas à patribus: & à Tertull. inter magiæ species relata, ut notat *Delrio d. tom. 1. lib. 1. c. 3. quæst. 1.* Et apud Roman. semper male audierunt Mathematici, contra quos disputat *Phavorin. apud Gell. lib. 14. cap. 1.* & de iis *Tacit. lib. 1. histor.* Mathematici, inquit, genus hominum, potentibus infidum, sperantibus fallax, quod in civitate nostra & vetabitur semper & retinebitur: qui idem autor *lib. 2. annal.* facta, inquit, SCta, de Mathematicis Magisque Italia pellendis: ad quem locum Lips. etiam alia id genus SCta notat ex *Dion lib. 49. inf. & lib. 56.* & eadem de causa *Mæcenas apud eundem Dion. lib. 52.* monet Augu-

ftum, ne istos homines toleret. Estque ea de re insignis locus *Vlpian. in collat. Leg. Mosaic. & Roman. subtit. d. malefic. & Math. mat.* Neque tamen Mathematicos istos è republ. prorsus eiici potuisse, sed sub Impp. etiam Christianis Constantinopolitanis penè floruisse, & plurimum astris tributum fuisse, ostendi potest vel ex Niceta & Niceph. Gregora, qui libr. 8. dubitare se fatetur, an causæ & eventus rerum, ad necessitatem astrorum, an verò ad ipsum universitatis autorem sint referendi. Nicetas autem passim in eos invehitur, qui futura ex astris prædicunt: & in *Manuele lib.* 1. ait, eos speculari astra cum non videant ea quæ sunt ante pedes: & *libro* 2. nugari eos ait in divinæ fraudem providentiæ: & *lib.* 5. invehitur in ipsum Manuelem, quod ea quæ à solius Dei providentia pendent, astris tribuerit: & *libro* 7. *in f.* astronomos ex indignatione appellat ἐυγαςριμύθυς: v. etiam *Lipsium libro* 1. *monit. pol.* 5. *in f.* ubi ait, mathematicos frequenter mentiri: juxta Senecæ illud, de morte Claudii: patere aliquando mathematicos dicere verum: & rectè *Phaverinus apud Gell.* 14. *cap.* 1. *in fine* ait, ea quæ vera prædicunt, partem eorum quæ mentiuntur non esse millesimam: ita ut nulli mentiantur felicius quam astronomi, qui centum etiam mendacia uno redimunt veriverbio: cum aliorum suspecta fides ex uno atque altero mendacio fieri soleat. Possem, si istius loci esset, plurima ex historicis referre exempla, quibus mathematicorum dictis respondit eventus: sed in plerisque possit aut fraus suspecta esse, aut aliquid diabolici intervenisse. Ego hanc litem non facio meam.

Illud non interest.] Eos quoque ait teneri, qui magicis artibus cupiunt prodesse: qui tamen vix videri possint commercium cum diabolo habere, qui hostis humani generis, non prodesse sed nocere desiderat: nisi hîc putes pactum quoddam esse tacitum, dum Diabolus in speciem prodesse permittit aliquibus, ut eos ita illectos illaqueet, & cum periculo animæ fallat: quæ præcipua ratio est *Imp. Leonis Novell.* 65. qua & aliis justè & sanctè improbat posteriorem partem *l.* 4. *C. d. malefic.* quam malè Codici suo inseri permisit Justinianus: & rectè *Cuiac.* 27. *obser.* 17. partem eam piis improbari ait.

LIT. D.

Qui igne sunt puniendi,] Hanc pœnam restringit ad eos,

qui

qui pactum cum Diabolo habent, & magicis artibus vitæ hominum perniciem moliuntur. Et ergo, cum veneficos esse dixisset, etiam qui prodesse cupiunt, non rectè subiecisse videtur, eos igne esse puniendos. Videntur autem non requiri ista duo coniunctim: insidiari vitæ hominum, pacisci cum Diabolo: quia hoc solum, quod continet horrendam à Deo apostasiam, igne expiari meretur: nisi pacto huiusmodi animum & propositum nocendi necessario inesse quis existimaverit: sicut ex adverso, struere hominibus perniciem per artes magicas, non est sine pacto sive expresso & explicato, sive tacito & implicito: quia eiusmodi actionibus Diabolus adsistit easque fovet, & promovet, ut pluribus docet *Mart. Delrio, disquisit. magic. tom.* 1. *libr.* 2. *cap.* 3. *quæst.* 4. *conclus.* 1.

Sagarum bethynocerkv pœna ... supplicium.

Cuiusmodi mulieres.] Videl. hic sexus magis hoc crimine inquinari solet: & vigore pacti mira efficere, & ad conventus agendos Diabolicos in loca longinqua per aërem transferri corpore perhibentur: licet alii nihil hæc, nisi ludibria, somnia & illusiones Diaboli esse existiment: & rationum in utramq; partem momenta expendere instituti nostri non est: quas rationes & utrinque exempla varia, videre est apud *Nicol. Remigium, Ioh. Weier. d. præstig. Dæmon. & eius antagonistam Bodin. in Dæmonomania, & apud Mart. Delrio lib.* 2. *t.* 1. *cap.* 3. *q.* 16. quem toto illo capite de effectibus qui ope Dæmonis produci possint, vide latissimè differentem. Tr. autem tanquam arbiter honorarius quidam litem componit, & mulieres huiusmodi puniri debere affirmat, si legitimè sint convictæ. Sed ea manifesta petitio principii est: quoniam hoc unico fundamento nituntur qui dissentiunt, quod mulieres illæ pacti cum Diabolo initi, abnegationis Dei, conventuum nocturnorum, & aliorum scelerum, quæ ipsis imputari solent, legitimè non convincantur, nec convinci queant. Et novimus hodie non uno in loco fœminas vel leviter suspectas, semel atque iterum ab iis qui socii criminis perhibentur, nominatas, rapi ad torturam, & excarnificari, usque dum sese sontes fateantur. De probatione sagarum per immersionem in aquam, dictum aliquid est *supra disp.* 4 *th.* 7.

Idem porrò ignis suppli.ium.] Hoc quidem plano extra rem, sub præcedentibus proponendum erat, aut eâdem ratione omnes casus quibus huic supplicio locus est, huc rectè referrentur. Cæ-

terum incendiarii incidunt in l. Cornel. d. sicar. cuius pœna ignis non est, quamvis ea aliquando exacerbari possit argumen. *l 9. d. incend.*

L I T. E.

Parricidis.] Parricidii nomine omne homicidium Romulum comprehendisse, Plutarch. autor est: singulare est, inquit, quod qui pœnam nullam sanxerit in eos qui parentes necassent, quodvis homicidium parricidii nomine designaverit: & *Festus in verbo parricidii*: non utique is, qui parentem occidisset, sed qui qualemcunque hominem, parricida dicebatur: idque ex Lege Numæ Pompilii confirmat: *si quis hominem liberum sciens doli morti duit, parricida esto*: imò ita dictum fuisse: quicunque crimen capitale commisisset, Scaliger ad jam dictum locum Festi confirmat ex illo *Ciceron. 2. d. legib.* sacrum sacrove commendatum, qui clepserit rapsitve, parricida est: ex quo factum, ut quæsitores rerum capitalium, parricidii quæsitores appellarentur *l. 2. §. & qu a 23. d. orig. iur.* Postea ea vox pressius accepta, ut apparet ex *§. alia deinde 6. Inst. d. publ. iud.*

Olim. Lege Pomp.] Licet magno autore, & videlicet Justiniano in *§. alia deinde 6. Institut. d publ. iud.* Treut. peccet, non leviter tamen & cum Justin. peccat, dum pœnam illam ex more maiorum irrogari solitam parricidis, refert ad novam Legem Pomp. juxta quam eadem quæ ex L. Cornelia, est pœna *l. 1. ad L. Pomp.* illa autem hîc proposita longè & atrocior & antiquior *l. 9. eodem*, & videlicet non à moribus & consuetudine simpliciter, sed ut hæc opponatur novis legibus: nam refertur ea de re Lex XII. tabb. & ante eam Lex Tarquinii, à *Valerio Max. libr. 1 cap 1.* Est autem hoc crimen maxime atrox, vitam adimere ei, à quo beneficia summa & ipsam accepit vitam: ideoque teste *Herodoto l. br. 1.* Persæ impossibile esse existimabant, ut quis patrem occideret, & qui id perpetrasse dicerentur, non veros sed spurios & subditios liberos esse arbitrabantur: eademque de causa huic crimini nullam indixisse pœnam videtur Romulus, ut Plutarch. refert, in eius vita: ubi addit, sexcentis primis annis, neminem huius criminis reum postulatum fuisse.

In linea recta.] Ut in hac scilicet tantum atroci illi sit pœnæ locus. Neque obstat *§. 6. Institut. d publ. iudic.* quia intelligun-

tur aliæ personæ eiusdem lineæ, gradus ulterioris qua ascendendo, qua descendendo: & ita ibi Theophyl. τῆς αὐτῆς διαθέσεως. adeoque legendum ibi, *affectionis*, non, *affinitatis*, quam lectionem Accurs. explicat: & potest ea ita defendi, si dicamus, Justinianum, licet ibi tantum proponat pœnam, quæ more maiorum irrogabatur, tamen quia Pompejæ legis meminit, etiam de hac pœna, quæ ex lege Pompeja infligitur, cogitasse, vel LL. veteres & novas confudisse: constat autem in Legem Pompejam incidere, etiam eum qui affinem interemit.

Subiicitur huic legi & pater.] Obstat huic sententiæ, quod in *l.* 1. *ad L. Pomp.* ubi est enumeratio accurata personarum, nulla est mentio patris. Et frustra sit, qui omissi patris hanc putaverit esse rationem, quod pater ob amorem quo complectitur filium, eum non præsumatur esse occisurus: quoniam *in dict. l.* 1. fit mentio matris, cuius amor erga liberos maior est, quam patris: quod tantò urget magis, ut propria ratione pater omissus, & ita exceptus videri debeat: nimirum propter jus potestatis, quod ex Lege tum Romuli tum XII. tabb. in filium habebat: ideoque quod de avo *in dict. l.* 1. dicitur, de avo materno ego accipere malim. Sed postquam vix umbra potestatis relicta est patri, facile hodie admiserim sententiam Treutleri. siquidem *in* §. 6 *Institut. d. publ. iudic.* indistinctè etiam filii mentio fit: ut tamen pater non pœna illa atroci, sed Legis Pompeię teneatur: etenim, ut modo dictum, *d.* §. 6. etiam de pœna Legis Pompeii accipi potest.

Cui ius vitæ & necis.] Non est hîc locus de potestate patriâ, qualis tum apud Romanos, tum alias gentes fuerit, disserendi. Cæterum probo hanc sententiam Treut. quod non sit patri concedendum in liberos jus vitæ & necis: quia repugnat rationibus politicis, ut cuicunque privato in quemcunque concedatur hoc, quod solius est magistratus, cuius est cognoscere etiam de delictis à filio in patrem commissis: idque etiam Legi divinæ *Exod.* 21. convenit, ut filius impius & rebellis à patre deducatur ad magistratum: ut proinde falsum sit, quod ex Lege Dei jus hoc patribus concessum scribit *Bodin.* 1. *d. repub. capit.* 4. cuius etiam aliæ contra istam sententiam ibid. propositæ rationes omninò vanæ sunt, & indignæ prolixiori refutatione.

Imò casum dari posse puto.] Non erat, cur Treut. putaret

dari hunc casum, qui expressus est *in l. 35. d. religios.* ut liceat filio occidere patrem si alia ratione periculum patriæ evitari non possit. Quoniam ex sententia Politicorum arctius potentius & superius vinculum est, quo obstringimur patriæ: pietatis, inquit Cicero in somnio Scip. in parentibus & propinquis magna, in patria maxima est: & *Plato libr. 5. d. legib.* πατρίδος ὅσης τῆς χώρας, θεραπεύειν αὐτὴν δεῖ μειζόνως, ἢ μητέρα παῖδας. Illud non magni momenti est, quod in pr. lit. affertur de lectione *l. 9. ad l. Pomp.* an sit legendum, *sagmineis* an *sanguineis*: & hanc receptam lectionem adversus *Corasium 1. miscell. 5.* bene confirmat *Turneb. 8. adversar. 23. & ex eo Gothofr. d. l. 9.*

LIT. F. & G.

Proponit pœnam hodiernam, quam valde atrocem cum Wesemb. tantum in linea recta locum habere puto: quoniam videtur successisse in locum veteris pœnæ, quæ tantum veris parricidis inflicta fuit.

Et qui gravi delicto.] Excusat enim aliquatenus dolor gravissimæ acceptæ iniuriæ, maximè patrem qui occidit filium arg. *l. 5. ad L. Pomp.*

Cæteris mitior pœna.] Videl. iis qui occiderunt alias personas coniunctas, extra enumeratas.

Idem statuo in consciis.] Conscii dicuntur dupliciter: alii qui sciunt tantum & non revelant, in quos pœna longè mitior, per *l. 2. ad L. Pomp.* ubi filius qui scivit nec revelavit, tantum relegatur. Alii sunt auxiliatores, quos ordinaria pœna teneri ait Treut. quod homonymon est: quia duplex occurrit hic pœna ordinaria, alia vetus more majorum, alia Legis Pomp. in qua tantum admiserim sententiam Treut. ad quam etiam commodè referuntur l. 1. 6. & 7. *ad L. Pomp.* Illud rationis est, ut in hoc crimine atrocissimo conatus proximus gladii pœna coërceatur: sicut & illud, quod accusaturo ex hac causa non obstet præscriptio temporis, licet dissentiat *Cuiac. 4 observat 14.* ubi *l. fin. h. tit.* ad SCtum Syllan. pertinere ait: quoniam, ut ibi ait, nullum sit crimen affine parricidio, cuius respectu possit dici parricidii accusatio non excludi quinquennio vel decennio, absurdum autem esse non excludi præscriptione annorum 20. Verum ego nullam hic video absurditatem, si in hoc atrocissimo crimine statuamus exceptionem: quæ

etiam

etiam contra Cujac. ibidem rectè statuitur in crimine suppositi partus, per notata *disputat. praced. thes. ultim lit. D.*

THESIS VIII.

Lit. A.

Falsum ut plurimum committitur lucri gratiâ, eoque respectu speciem quandam furti induit: eaque consideratione in *l. pen. ad L. Cornel. d. fals.* actio pœnalis in duplum contra eum qui falsa mensura decepit emtorem, dari videtur. Et tale quid fortassis adiiciendum fuerit definitioni: cæteroquin definitio Treut. non poterit converti cum definito: siquidem quicunque ex proposito mentiuntur, nec tamen protinus in hoc crimen incidunt l. quid falsum. 23. d. fals. verum immutant per fraudem. Et rectè Bartol. quem pro diss. citat Treut. *in dict. l. 23.* docet, quod falsum sumatur largissimè, pro omni eo quod non est verum, & potest etiam esse sine dolo: vel large, ubi adest quidem dolus, non tamen protinus in hoc crimen incidit: vel denique strictè, pro ejusmodi dolosa immutatione veri, quæ coercetur aliquo capitulo L. Cornel. quod ipsum necesse habeat admittere Treut. dum cum Wesemb. affirmat, neminem incidere in crimen falsi, nisi quem L. Corn. SCtum Libon. aliæq; constitutiones & responsa JCtorum notant.

Lit. B. C. & D.

Distinctio hic proposita videtur laborare, dum sub falso quod est in homine vel persona refertur falsi testimonii dictio: quia imò in verbis, & consequenter in rebus hoc falsum committitur neque hic persona, falsus videl. testis supponitur, sed productus testis falsum dicit.

Partus suppositi.] Duo singularia in hoc crimine falsi notat Treut. 1. quod non omnibus pateat accusatio *l. 30. h. t.* adeoque hoc crimen verè publicum non erit. 2. quod nulla præscriptione accusator excluditur, *l. 19. §. 1. h. tit.* quam ex *Cujac. 4. observ. 14.* pro dissent. citato, ita apparet acceptam à Tr. ut etiam post 20. annos huius criminis persecutio supersit, de quo actum *disput. prac. th. ult. lit. D.*

Nominis.] Oportet ut hoc fiat dolosè in alterius fraudem & da-

& damnum: cæteroquin impunè nomen mutare licet *l. un. Cod. d. mutat. nomin.* Et hoc tamen casu vix putaverim imponi posse pœnam mortis nisi atroces circumstantiæ aggravent delictum. Non autem reperio dissentire citatos Bart. & Bald. in textibus hic à Treut. allegatis; & nimis ista vaga allegatio est, *dissensit Bartol. & Bald.*

Testimonii.] Tres casus proponuntur, quibus ex hoc capite crimen falsi committitur 1. si quis sciens dixerit falsum. 2. si quis dolo malo dissimulaverit verum, hoc fine, ut propter defectum testimonii innocens condemnaretur, siquidem tenetur falsi, qui ob non dicendum testimonium accepit pecuniam *l. 1. §. 2. h. titul.* 3. si pro testimonio ferendo pecuniam acceperit: qui casus ut diversus sit à prioribus, & quia Treut. utitur verbo ampliativo, *etiam*, ita accipiendus erit, ut teneatur falsi eiusmodi testis, licet verum dixerit: quam sententiam communem Bartol. & Dd. refert *Clar. in §. falsum. numer.* 3. Videtur autem duplex quæstio: quoniam vel simpliciter pro testimonio ferendo, vel hoc expresso, ut verum diceret, pecuniam quis accipere potest. Illo casu facilius obtinebit communis sententia, ob præsumtionem juris, quoniam pecunia corrumpendi causa data & accepta intelligitur: nisi tamen ille expresse possit ostendere, se verum dixisse: in quibus terminis incidit res in casum posteriorem: in quo difficile videtur dictare pœnam falsi, nisi fortè in exemplum: ne quisquam operam suam ad dicendum testimonium turpi accepta mercede locet, neque in hac exceptione aliquid præsidii contra pœnas legem sibi polliceri possit: quo modo etiam judex qui pecuniam accepit ut justè judicaret, punitur *l. 1 cum authent. seq. Cod. d. pæn. judic.* de quo actum *supra part. 1. disputat. 22. thes. 3. lit. F.* Cæteroquin re vera hic locum non habet definitio Treut. nec multum facit cit. *l. 1. §. 1. h. tit.* quoniam pecunia in dubio accipi intelligitur, ut se corrumpi patiatur, idque in ea specie factum, & ita à SCto intelligi acceptam pecuniam, verba mox sequentia ostendunt. Alia quæstio est, an possit esse locus condictioni: quod magis negandum est, quia turpitudo sive vere, sive præsumtivè etiam est in dante, *arg. notatorum d. th. 3. lit. F.*

Quod si ad offic. fam.] Et hoc itaque, quia meminit pœnæ talionis, ad judicia criminalia pertinebit, Intelligit autem Treut. si testis

si testis deponat contra reum, quia mox proponit alterum casum, si ad defensionē: cæteroquin generalius etiam hic offenditur actor, qui deficiens in probatione pœna talionis tenetur: ut proinde eadem utroq; casu ratio esse videatur, & utroque casu sufficere pœnæ arbitraria, quę hodie calumniātibus irrogari solet: ut non tamē plane existimari debeat sublata pœna talionis, quo minus eam ex causa judex rectè indicat: quomodo constituit in casu nō dissimili *Imp. Leo Nov.* 77. (nam ex *l.* 1. *h. tit.* & *l.* 24. *Cod. d. probat.* hoc non satis probatur) quod rectè ad falsum testem accommodari potest: sicut & in falso delatore, & aliquem ex falsa causa in carcerem conlici curāte, pœnam talionis probat *Bald. in l. ult. C. de his qui latron. occult. inf. per eum text.*

Vbi in g nere annotandum.] Si de materia subiecta quæritur, omnis testis sciens falsum dicens, perjurii reus est: cæteroquin si per errorē & ignorantiā dixerit, nec falsi nec perjurii tenebitur, & proinde quibus locis ea pœna recepta est, digitorum amputatione non poterit eiusmodi testis coërceri. Cum autem ista pœna jure nostro incognita sit, parum aptè id huc affertur, & applicari dicitur ad explicandam constitutionem Electoris Augusti: nisi quatenus deficiente dolo in genere, cessat doli pœna. Sed videl. more suo Treut. captavit occasionem istius juris inserendi. Quæstio autem de pœna perjurorum huc non pertinet.

Lit. E.

Monetæ.] Crimine hoc eos teneri ait, qui cudunt monetam adulterinam, vel probam deminuunt & radunt: ut tamen utrorumque æqualis pœna non videatur. Quin imò etiam qui probam monetam cudunt, incidere videntur in L. Jul. majestatis, quoniam sibi usurpant jus regale, ut notatum supra *thes.* 1. *lit.* E. *inf.* & traditur *in l.* 2. *Cod. d f ls. mon t.* Quin in hoc casu videtur majus esse principis præjudicium, cujus jus alter sibi arrogare videtur, si modo persona habilis sit: hi autem qui minoris valoris monetam cudunt, non aliquod principis jus, sed tantum lucrum affectare videntur. Neque obstat, quod in *l.* 1. *in princip. Cod. d. fals. mon.* fit mentio adulterinæ monetæ, & *in l.* 2. *Cod. eodem, adulteri solidorum*: quoniam non minus eiusmodi adulter est, quisquis non jure monetam cudit. Et tamen in dubio non erraverit,

qui atrocissimam illam pœnam exustionis mitigaverit: quam nec illi irrogandam crediderim, qui sciens falsam monetam expendit: utcunq; fortassis ordinariæ pœnæ falsi subiici possit, de quo tractat *Salic. in l. 2. C. d. fals. mon. n.* 5. ubi nec alienus videtur ab ea sententia quæ extraordinariam pœnam statuit, sed tantum reprehendit Bartol. qui *l. 9. h. tit.* restringit ad nummos stanneos & plumbeos, ibid expressos.

Permissu tamen principis.] Rationis quidem hoc videatur, ut princeps hoc permittere possit: sed occurritur ex *l. ult. C. d. fals. mon.* ubi Impp. ei minantur pœnam, qui ex quacunque principis annotatione vel præscripto monetam cudere ausus fuerit; procul dubio quia præsumi voluerunt, hoc ex improba sub & obreptione impetratum fuisse: cui rei, & inde emergenti incommodo publico, non tantum si quis impetraverit ut sub nomine proprio, quod nimis impudens fuerit, sed etiam sub nomine principis pecuniam cudere liceret; non aliter occurri potuisse existimaverunt, quàm si omnis omninò facultas hoc jus exercendi, & ejus impetrandi spes in universum omnibus præcideretur, & ita sarta tecta conservaretur autoritas monetæ, & simul constitutio *l. 2. Cod. d. fals. mon.* qua cavetur, ut in solis monetis principis, id est, in locis ab eo deputatis, moneta cudatur. Idque ipse agnoscit Treut. dum valde perperam à statibus Imperii jus hoc locari ait: quod nimirum fiat contra constitutiones Imperii, quarum præter alias duplex ratio reddi posse videtur: tum quia turpe principi est, ex hoc genere regalium captare lucrum: tum præcipuè quod hæc res, cujus experientia hodie testis est, vergit in perspicuum reipubl. damnum, dum conductores isti, deterioris generis monetas cudentes, totam rem monetariam conturbant. Cæterum ratio Tr. quod istud sit regale, non magnopere movere videtur: quoniam non ita locatur, ut conductor jure & nomine proprio, sed tanquam nudus minister nomine principis monetam cudat: & alia quoque, quæ inter regalia referunt sub *it. feud. quæ sint regalia*, vel potius eorum reditus locari possunt.

L I T. F.

Quod si quis hæreditatem.] Addenda hic est particula, *etiam*: quoniam procul dubio, & tanto magis tenetur, qui sibi adscribit

sine

ſine voluntate teſtatoris. Videtur autem verior opinio contra Tr. quod idem obtineat in teſtamento nuncupativo, ubi videlicet hoc in ſcripturam redactum eſt, & ut hodie fieri ſolet, in ſcheda conſcriptum à notario teſtibus prælectum: ſiquidem in his terminis hoc teſtamentum induit quodammodo naturam ſcripti teſtamenti, neque inter hoc & illud in hac quidem quæſtione ulla diverſitatis ratio reddi poſſe videtur. Duo obiicit Bald. *in l. 2. Cod. qui ſibi adſcribunt in teſtamen.* 1. quia jura hac de re diſponentia loquantur de teſtamento quod vim ſumit à ſcriptura. 2. quia in caſu teſtamenti nuncupativi, qui ſibi adſcripſit innocentiam ſuam teſtibus purgare poſſit, non autem in teſtamento ſcripto. Reſpondeo ad 1. vel quod ſit petitio principii, vel quod potius ratio & mens legis quam verba ſit inſpicienda: ratio autem eſt, ne ita circumveniantur ultimæ voluntates, & omnibus quæ hac in re intercedere poſſunt, fraudibus occurratur: quæ eadem ratio militat in hoc genere teſtamenti nuncupativi. Secundum rationem non ſatis intelligo, neque video quomodo ex hypotheſi, alium quid ſibi adſcripſiſſe, innocentia eius teſtibus probari poſſit, quandoquidem nec ipſa voluntas teſtatoris purgat ſcribentem: niſi fortè eò reſpexit Bald. quod cum per ſubſcriptionem teſtatoris, qua ſe dictaſſe legatum profitetur, non tantum purgetur qui ſibi adſcripſit, ſed etiam legatum capere poſſit, *l. 1. §. 7. & 8. h. tit.* conſequenter teſtator qui voluntatem ſuam prælegit teſtibus, eo ipſo ſatis videatur probaſſe adſcriptionem: quamvis dubitem, maximè in caſu, quo juxta hodiernum morem à notario teſtamentum prælegi ſolet, an eiusmodi generalis approbatio & aſſenſus ſufficere poſſit, & æquivalere ſpeciali confirmationi, quæ ad excuſandum adſcribentem requiri videtur *l. 15. §. 1 d. falſ.*

Lit. I. & K.

Pœna.] Lege quidem Corn. pœna falſariis irrogata eſt, ſed in magna huius criminis diverſitate, quod vel maximè ex circumſtātiis variatur, eidem pœnę ſemper locus eſſe non poterit. An autem arbitraria pœna ad mortem usque extendi poſſit, quam quæſtionem hic admiſcet Tr. huius loci propriè non eſt: interim pro affirmante Tr. ſententia hoc argumentum non leviter facere videtur.

Ubicunque circumstantiæ delictum aggravare, & mortis pœna dignum efficere possunt, ibi etiam mortis pœna irrogari potest: quoniam pœnæ & culpæ inter se debet esse proportio. Atquin crimina quæ punienda arbitrio judicis relinquuntur, ex circumstantiis mortis pœna digna effici possunt: quod aliàs inepta & jeiuna ista quæstio & dubitatio esset, & falsa procul dubio sententia, quæ pro delicto mortis pœna indigno, pœnam istam irrogari concederet.

Si falsum in instrumento inutili.] Quæstio hæc an teneatur L. Cornel. qui circa instrumentum inutile falsum commisit, ita ut eo detecto alteri præiudicium non inferatur, distinguenda videtur. Ex illud quidem certum est, non teneri à quo abfuit dolus: sed eo præsupposito interest inter nullitatem instrumenti: veluti in ea specie falsi, quæ committitur per adscriptionem legati, interest, an testamentum sit adhuc, ut ita loquar, in fieri, veluti si tantum conscriptum, & nulli adhuc testes adhibiti sint: an verò solennitates testandi adhibitæ, sed testamentum ex alia causa, veluti ob præteritionem filii, nullum sit. Illo casu qui adscripsit, non tenetur: hoc autem casu tenetur, ut expressum est *in l. 6. in pr. h. t.* Et proinde verum non erit simpliciter quod Treut. ait, non ordinariæ falsi, sed stellionatus pœnæ locum esse. Et sane aut nec stellionatus tenebitur huiusmodi falsarius, quoniam & istud crimen tendit ad damnum alterius, aut tenebitur crimine falsi: quod magis puto, quoniam ad hoc sufficit habuisse animum nocendi cum fraudulenta veri immutatione: in quo falsi consistit essentia: & facit *dict. l. 6. h. tit.* ubi quis ex sua adscriptione, nec lucrum sentit nec alter afficitur damno, cum testamentum sit nullum. Et hoc defendi posse putarim etiam in primo casu quem distinguit *Clar. in §. falsum. numer. 35.* si, quomodo ipse proponit, testis dictum, quod doloso animo proposuit, in omnem eventum non possit nocere, quo casu Clar. pœnam stellionatus statuit. Secundus enim casus, qui Treut. esse videtur, quod testis dictum nocuisset, nisi falsitas detecta fuisset, vix etiam habet rationem dubitandi. Et quod illo quoque casu pœnæ falsi locus sit, probat *Bald. in l. fin. Cod. si ex fals. instrum.* qui tamen sibi ipsi contradicere videtur *in l. ultim. quod falso tutor.* ubi notat quod mentiens ju-

dici.

dici, si hoc non noceat alteri, non sit puniendus. Sed videtur hæc controversia magis in verbis quam in re consistere, & parum interesse, an quis stellionatus an super crimine falsi ex L. Cornel. conveniatur: quoniam hic quoque, cum res exitum sortita non sit, mitior & arbitraria pœna imponenda erit.

LIT. L.

Moneta adulteratores exuruntur.] Utcunque colorem criminis maiestatis assumas, atrocissima tamen ista pœna est: ideoque rectè sentire videntur qui primò requirunt, ut crimen sit perfectum, cum quibus facit Treut. in f. Secundò, in quo dissentit Treut. ut violata sit moneta principis supremi, non inferioris: quippe in quo ut ipse Treut. statuit supra thes. 1. nec vera maiestas est: ideoque hic pœna à morte proxima, vel ad summum pœna gladii sufficiet. Illud difficilius est, ut restringatur ad corruptores aureæ monetæ: quamvis in moneta minori argentea moderatio pœnæ rectè admittatur.

THESIS IX. & Uultima.

LIT. A.

Lege Jul. repetund. prohibentur magistratus ne accipiant munera & pecuniam, eorum faciendorum gratia, quæ ipsis ex officio, quod gratuito acceperunt, incumbunt *l. ultim. Cod. h. titul.* exceptis coniunctis personis, à quibus, ut est *in l. 7. h. tit.* in infinitum accipere licet, id est indefinitè & citra determinationem certæ summæ, quæ definita est in aliis *l. 6. in f. h. tit.* veluti hoc explicat *Cuiac. 6. observ.* 18. Cui tamen videtur derogatum per *l. ultm. Cod h. tit.* quæ simpliciter aliquid accipere vetat: nisi *dict. l. 6. § ult.* restringas ad magistratus urbanos, quibus plus permissum fuisse censet *Cuiac. dict. loc.* vel *dict. l. ultim. Cod. h. tit.* ad eum casum referas, quo expressè aliquid officii faciendi causa datum fuit: quamvis in persona extraneorum hoc tacitè inesse videatur: quod ex circumstantiis æstimandum erit.

LIT. B. & C.

Proponit huius delicti pœnas, quod reus præter accepti quadruplum, quod restituere tenetur, etiam extra ordinem pu-

niatur. Et de verbis quidem, *extra ordinem*, dicemus lit. seq. verum quod & quadruplum restituere & aliam insuper pœnam pati reus debeat, adversari videtur iis quæ cum Treut. diximus supra *disput. 30. thes. 3. lit.* C. quod videlicet actio furti in duplum vel quadruplum, persecutionem criminalem, imò actio bonorum raptorum in triplum, accusationem publicam ex L. Jul. consumant. Et ergo nec rationis videtur, ut magistratus restituto quadruplo, insuper V.C. sit relegandus: cum præsertim pœna quadrupli accusatione quoque publica exigatur *l. ult. C. h. t.* & absurdum videatur, eundem eiusdem criminis nomine duplici actione publica conveniri: maximè cum juxta naturam publici judicii, quod & ipse Tr. hic tradit, quadruplum fisco applicetur, & ita respubl. duplicem vindictam sit consequutura. Et tentandum fuerit, aut falsam esse istam sententiam, quę nec usquam expresso textu probari videtur, & dicendum, quod ner alterutrum judicium alteri præiudicetur: aut fatendum, esse hoc speciale, & pœnam quadrupli non esse ex L. Jul. quoniam leges judiciorum publicorum regulariter eiusmodi pœnas non introduxerunt, sed ex constitutionibus Impp. qui insuper lucrum cum augmento à magistratibus improbis extorqueri voluerunt. Et est similis casus *in l penult. ad L Cornel. d. fals.* ubi falsario pœna dupli & relegatio infligitur: & *in l. penult. ad L. Iul. peculatus*, istius criminis reus in quadruplum damnari dicitur: qua de re vide notata supra *disp. 30. th. 3 lit.* C. (de concursu actiones furti & persecutionis criminalis:) & ad eum locum additiones.

Pecunia invitis extorta.] Ubi pars sponte dedit vel corrumpendi animo, quod etiam præsumitur, totum quadruplum merito fisco applicatur: quoniam non videtur hoc judicium, quod introducitur *l. ultim. Cod h. tit* habendum pro actione populari, ex qua regulariter pœna agentibus applicari solet. Sed ubi extorta pecunia est, & ipse agit qui injuriam passus est, non absurdè fortassis quis cum Treut. dixerit, quadruplum eius, quod extortum fuit, inter actorem & fiscum esse dividendum *argum. l. tertia, Cod. d. assessor.* Sed ubi alius judicium publicum instituit, non video quomodo parti læsæ, quæ nullam operam in convincendo reo addidit, dimidium possit adiudicari vel assignari.

Qua-

Quadruplum intra annum.] Constat speciale esse in criminibus & accusationibus quæ principaliter pecuniariam persecutionem habent, ut etiam contra hæredes exerceantur *l. ultim. ad Leg. Iul. peculatus*, & quidem ut Treut. hic notat, intra annum, ad instar actionum pœnalium: cum enim regulariter morte reorum etiam post litem contestat. accusationes publicæ consumantur & pereant, ita hoc moderari jura voluisse videntur, ut hæredes non nisi ultra annum teneantur, non autem ad instar criminalium persecutionum usque ad 20. annos perdurent: licet aliàs actiones civiles etiam pœnales, non annales sint sed perpetuæ.

LIT D.

De annona.] Ait quod L. Jul. d. annona, sanxerit, ut qui quid fecerit quo ea carior fieret, extra ordinem puniatur. Hoc inconcinnè dictum videtur, quia constat hoc capite l. Jul. inductam fuisse accusationem & judicium publicum *l. 1. inf. d. public. iudic. §. pen. Inst. eod.* judicia autem publica ab initio cum omnia fuerint ordinaria, dici non posse videtur, quod lex quæ judicium publicum constituit, fecerit judicium extraordinarium. Ideoque sentio cum Duar. contra Tr. quod ex L. Jul. sit pœna 20. aureorum, cuius mentio in *l. 2. in f. ad L. Iul. d. annon.* sed postea, sive ex constitutionibus, sive sublata ordinaria procedendi ratione, extra ordinem ad arbitrariam pœnam agi potuisse argum. *l. hodie. 13. d. pœn. l. ordo. 8. d. public. iudic. l. 7. §. ultim. repetund. l. ultim. d. plagiar. l. 4. §. secundo, ad L. Iul. peculatus.* Quo referenda est *l. 6. d. extraord. crimin.* quamvis & dici possit specialem esse rationem Dardanariorum, quos instar magorum habitos, aut propter gravem annonæ flagellationem convicii loco ita appellatos censet *Turnebus 9. adversar. 17.*

LIT. E.

Lex Iul. peculatus.] Illud hic principaliter tractatur, an peculatus etiam dicatur committi in pecunia municipii & civitatis præter Romam. Pugnant hic *l. 4. in f. ad L. Iul peculatus & l. ob crimen. 81 aliàs 83 d. furt.* illa etiam in re civitatis peculatũ committi ait, hæc negat, & nõ nisi furti crimẽ contrahi affirmat. *Et Robert. 2. recept. lect. cap. 2.* arripit lectionem cujus meminit *Alciat. 1. dispunct. 3. qui cri-*

n. eat

men &c. hoc sensu quod qui ob pecuniam civitati subreptam furti teneatur, is non obligetur crimine peculatus: veluti si quis subtraxerit pecuniam publicam civitatis, in loco privato positam; publicam esse ignorans *argum. l. 16. §. 4. d. pœn.* Verum istud & valde insubtile & commentitium, neque à receptissima lectione discedendum est. Accurs. *in dict. l. 4. inf.* intelligit civitatem Romanam. Sed obstat, quod hoc satis erat cautum ipsa l. Jul. nec adeo opus ad hoc rescripto Trajani & Hadriani, qui hoc ita constituisse dicuntur, subiiciente JCto, nos hoc jure uti. Et est ista tertia solutio, quod L. quidem Julia tantum loquuta sit de pecunia publica populi Romani, sed Impp. hoc produxerint ad res civitatum: quod placet *Forner. 2. lect. 22. Duaren. 2. disputat. 26. Wesemb. in paratitl. numer. 5.* Sed hic quoque non leviter obstat, quod per istam rationem coniungendi utrumque textum, quam exigit Duar. quem Treut. sequitur, nullo modo verè conciliari possunt diversi autores, diversis locis contraria scribentes. Et cum Papin. longè vixerit post Trajan. aut Pampinianum, aut multo magis Tribonian. manifestæ ignorantiæ aut oscitantiæ arguere oporteat. Quarta conciliatio est *Petri Fabri 1. semestr. 22. inf.* ubi putat, quod Trajan. & Hadrianus l. Jul. peculatus, non ad pecuniam, de qua loquitur Papin. *in dict. l. ob crimen. d. furt.* sed ad alias res civitatis quæ in usu publico sunt, produxerint. Sed non satis animadverto quænam sint illæ res (nam quas enumerat Petr. Fab. sunt res immobiles) quæ extra pecuniam in usu publico existentes, constituant objectum subreptionis, ut in iis peculatus commissus dicatur: & absurdum sit tantum pecuniam numeratam, non etiam frumentum, vinum, vasa aurea vel argentea, in quibus prorsus eadem ratio est, intelligi. Haud scio, annon forte inter magistratum & privatum distingui possit, ille demum, non etiam hic peculatus teneatur. Etenim illud postremò *Alciati 1. distinct. 3.* violentum est, ut *in dict. l. ob crimem d. furt.* legamus, *nec non peculatu*: quamvis aliàs commoda satis futura sit ista lectio, ut dicamus, Papinianum posterioribus his verbis ad constitutionem Trajani & Hadriani respexisse: & falsum puto quod Robert. ait, eum qui peculatus tenetur, non posse conveniri mitiori actione furti: præsertim in hoc casu, quo demum ex constitutionibus introdu-

ctum

ctum est, ut judicio publico experiri liceret: quibus constitutionibus existimari non potest prohibitum, ne quis juxta anterius jus actione furti utatur.

Hoc crimen solis iudicibus.] Affirmat hoc crimen semper hodie esse capitale, quia hodie etiã rei privatæ subreptę crimen sit capitale: quæ argumentatio in istis terminis bona est: quoniã hoc crimine tenetur magistratus, qui eam pecuniam, quã non administrat, surripit: cæteroquin bona non esset consequentia: quoniam mitius illi puniri solent, qui pecuniam quam administrant in usus suos convertunt: de quo actum est supra disp. 30.

LIT. F.

Sacram vel religiosam.] Sacrilegium esse ait Treut. sive res sacra ex loco sacro sive ex profano fuerit subrepta. Et ergò totum æstimabimus ex RE subrepta: ut indistinctè re sacra ablata sit sacrilegium, etsi sit ablata ex loco profano: & ex adverso furtum etiamsi res profana sit ablata ex loco sacro. Cui sententiæ utique hæc limitatio addenda fuerit, si subripiens eam sacram esse sciverit: quod si enim cum esset in loco profano, subripiens putet esse profanam, iniquum fuerit, eum sacrilegii & ita capitali pœna teneri, cum delicta soleant æstimari ex animo. Et eadem ratione considerato animo subripientis sacrilegii reus erit, qui ex loco sacro rem quam putat esse sacram, cum tamen esset profana, abstulerit. Sed in delictis atrocioribus quibus irrogatur capitis pœna, non videntur eiusmodi consequentiæ admittendæ, cum præsertim simpliciter constitutum sit ab Impp. *in l. quin'a, hoc titul.* furti tantum teneri, qui ex loco sacro rem abstulit profanam. Et notat *Cuiac. 13. observat. 19.* quæstionem istam controversam fuisse, an indistinctè pro sacrilego habendus esset, qui ex loco sacro quid subripuisset, Verum posita ista sententia Treut. quod totum hoc ex re subrepta æstimandum sit, pugna erit pene inconciliabilis inter hanc sententiam iuncta *l. 5. hoc titul. & l. aut facta 16. §. locus. 4. d. pœn.* ubi JCtus ex loco æstimandum ait, an furtum sit an sacrilegium. Neque enim potest ferri prima Accursii solutio: quod *in dict. l. 5.* subintelligendum sit eum teneri non tantum sacrilegii, sed etiam furti. Et Cujac. *dict. loc.* hanc pugnam admittit, & putat Satur-

Sacrilegio.

nimum JCtum, ex rationibus, quas ipse Cujac. ibidem adfert, ut ita statueret, permotum fuisse, licet aliud postea placuerit Impp. Verum nec defendere hoc possis, nisi Saturninum ante Impp. illos Severum & Antoninum vixisse statuas, nec temere antinomiæ sunt admittendæ. Malo dicere, sacrilegium non esse nisi res sacra subrepta fuerit ex loco sacro: cum & leges sub titulo de peculatu, quæ de sacrilegio loquuntur, semper templorum faciant mentionem *l. 6. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. ad L. Iul. peculatus*, quæ olim sententia fuit Azonis, secundo loco ab Accurs. relata ad *d. l.* 5. per quam optimè illi textus conciliantur, quoniam ita ex loco etiam æstimabitur sacrilegium, si hoc non committi dicamus, nisi ex sacro loco quis rem abstulerit.

L. G. 10. De residuis

LIT. G.

Lege de residuis.] In *l. 4. §. 5. ad l. Iul. peculatus*, dicitur, quod hac lege damnatus, amplius tertia parte, quam debet puniatur. Cuius loci triplex interpretatio ab Accurs. affertur. 1. quod puniatus extra ordinem & amplius tertia parte bonorum suorum mulctetur. Sed hæc explicatio vitiosa est: vel quia hæc mulctatio partis bonorum, ipsa quoq; ad pœnam extraordinariam referri potest: vel quia hanc explicationem non ferunt verba, *amplius tertia parte quam debet*: quæ adeò ad debitum cuius reliquator est, referri apparet. 2. quod teneatur in triplum eius quod debet: quam explicationem probant W*esemb in parat. n.* 8. *Gothofr. in d. l.* 4. §. 5. Tertiam explicationem proponit Accurs. his verbis: *tu dici in eo quod accepit, & eius tertia parte plus*: id est, quod teneatur restituere id quod accepit ex pecunia publica, & tertiam partem insuper eius quod accepit, adeoq; quod debet, loco pœnæ addere cogatur: quam explicationem Tr. probatam, & verbis JCti convenientiorem, omninò probandam existimo: facit *l. si quis suo, 33. inf. pr. C. d. inoff. test.* ubi tenetur quis restituere hoc quod relictum est, & eiusdem insuper tertiam partem.

Hodie & hi.] Ait Tr. eos qui L. Jul. de residuis tenentur, hodie puniri capitaliter, instar peculatorum: in quos omnes hodie ex consuetudine & constitutione Carolina capitalis suspēdii pœna est. Et pro hac sententia ita argumentatur Tr. quod omnes fures capitaliter hodie puniantur: atque rei L. Jul. *d. resid.* sunt fures: ad quod proban-

probandum adducitur *l. 22. §. 7.* ubi furti tenetur, qui nummos sibi datos ut alii traderet, consumsit. Sed in hoc argumento propositio maior falsa est, quod in omnib. iis qui jure nostro furti teneri dicuntur pœna capitalis habeat locum: hac etenim pœna creditorem qui pignore, commodatarium qui re commodata paulo laxius usus est, affici, nimis atrox & inhumanum fuerit: sed ea pœna ad eos tantum fures pertinet, qui res alienas penes dominum existentes subripiunt & amovent. Quin nec furti actionem ex causa huius delicti de residuis, proditam legimus. Possit & amplius pro Tr. ita concludi: quod peculatores puniantur capitaliter: atquin qui tenētur de residuis, sunt peculatores: quod probari videtur ex *l. 9. §. 6. ad L. Iul. peculat.* ubi dicitur hac lege teneri, (in §. autem præced. proponitur de L. peculatus) qui pecuniam publicā in aliquos usus retinuit, nec erogavit: hoc autem est crimen residui *l. 2. l. 4. §. 3. & 4. eod.* Verum ego hic sequor sententiam Accurs. cū sub eo titulo confusim de crimine peculatus & de residuis tractetur, *in d. l. 9. §. 6.* non necessariò L. Jul. peculatus, sed L. de residuis intelligendam esse; cum & fortassis existimari possit, quod una lege Jul. vel certe connexa crimen peculatus & de residuis fuerit coërcitum. Et facit pro Acc. sententia hæc ratio, quod qui pecuniam quæ ipsius periculo est retinuit, non tenetur peculatus, ut expressum est *in l. 9. §. 2. & §. 4. peculatus*: atquin in hoc casu pecunia est periculo magistratus: ergo &c. & proinde nō rectè Tr. istos pro peculatorib. haberi scribit: cuius tamē sententiæ locus esse poterit, si doloso intervertendi animo, pecunia fuerit retenta. Apud cit. Bart. & Ang. nihil hac de re invenio.

Lit. H.

L. Iul. & de ambitu] Crimen ambitus committitur circa officia civilia & Ecclesiastica, imò circa hæc vel maximè, quanto magis turpis hic est nundinatio, & magis divina quoq; lege prohibita: facit *l. un. §. 1. h. t.* ibi, *aut sacerdotiū*. Crimen istud hodie Simonia appellari solet: cuius inprimis Tr. Papam reum esse affirmat: an quia caput est omnium dignitatum Ecclesiasticarum, eoq; gravius peccat? an quia ipse præcipuè & frequentius hoc crimen committit? an quia ipse hoc crimine exemtus non est, nō quidem ut puniatur, quia supremus princeps est, sed ut tamen obligetur: quæ videtur esse sententia Tr. allegantis pro diss. Damhuder. *in praxi crim. c. 61.*

ubi *numer.* 68. Papam omninò hoc crimen committere negat, hac ratione, quod Papa faciat sanctum aut recipiat: quæ ratio & in se falsa est, & utcunque vera esset, nòn concluderet: siquidem etiam sancti atrocium quoque aliquando delictorum rei fieri possunt. Sed Clar. distinguit, an simonia committatur contra jus divinum aut humanum: ideoque non dissentit à Treut. quoniam illo casu ex hac ipsa ratione à Papa simoniam committi ait, quod ille quoque præceptis Dei subiectus sit. Sed haud scio annon omnis collatio beneficiorum Ecclesiasticorum pro pecunia, præceptis Dei repugnet.

AD DISPUT. XXXIII.

De APPELLATIONIBUS,

Respondente

JOHANNE à DIEST WESTPHALO.

THESIS PRIMA.

LIT. A.

Ejus origo vetustissima.] Procul dubio inde nata, quod quisque qui se gravatum & iniuria affectum putat, ad potentiorem, adeoque etiam superiorem confugere solet: ex quo appellatio, prout hodie est, formata videtur. Et possit huc referri, quod *Exod. cap.* 18. Moyses ex consilio soceri sui constituit judices, qui deciderent causas & controversias leviores, maiores ad se referrent: nec quisquam dubitaverit, quin permissum fuerit populo, si se injuria judicibus illis affectum putaret, Moysen interpellare.

A iure naturæ.] Valde ambiguè dicitur aliquid à jure naturæ profectum & permissum esse, de quo actum supra *part.* 1. *disp.* 1. Plane ad jus naturæ in specie sumtum appellatio referenda non videtur, sed ad illud, ex quo sunt commercia, distinctiones dominiorum & judicia: nisi sumas jus naturale in genere, veluti sumitur à Treut. supra *disputat.* 30. *thes.* 1. ut comprehendat etiam illud

quod induxit natura per discursum, & ab aliis secundarium appellatur: quoniam nihil aliud hic videtur esse natura quam ratio humana. Solet aliàs sæpe juris naturalis esse dici, quod æquitati naturali convenit: cuiusmodi est, corrigere iniquitatem à magistratu inferiori commissam: cui fini allegari puto *l.3.d.iust.& iur.* nisi forte in specie eo respexit, quod Dd. vulgo appellationem solent referre inter species defensionis: hæc autem juri naturæ adscribitur. Sed est ista nimis perspicua abusio verbi defensionis, & prorsus vitiosa illatio à diversissimis: vel quia *d.l.3.* ex vera & certa sententia neq; de bonorum aut famç, sed corporis & vitæ defensione loquitur: vel quia solida hæc est pro magistratu præsumtio, quod non per iniuriam, sed justè judicasse censeatur: vel quia ad summum *d.l.3.* non nisi ad manifestam & certam violentiam iniuriamq; bonis & famæ illatam referri potest: quod non minus falsum quam ridiculum sit imputare magistratui, qui juris ordine servato & auditis utrinque & ita satis defensis partibus sententiam dedit: & utique appellationi renuntiari potest, defensioni non potest.

A iure divino permissam.] Non dixerim appellationem in recto usu refragari juri divino, licet illa Lege Dei in repub. Judaica nusquam sancita reperiatur. Sed parum rectè hoc videtur probari ex facto Apostoli Pauli qui *Act.25.v.11.* veritus ne à Judæis iisque gratificante Festo ipsius innocentia opprimeretur, ad Cæsarem provocat: quoniam sicut *c.22* idem Apostolus allegat se civem Romanum, eoque à se repellit iniuriam flagellorum: ita *c.25.* contra iniuriam utitur beneficio juris Romani. Illud plane, quod opinor nemo negat, inde probatur, appellationis remedium non repugnare legi divinæ: cæterum Apostolus eo usus non fuisset.

Unde & statuto.] Ex præmissis apparet, valde infirmam esse hanc illationem, quod statuto induci nequeat, ne ad superiorem appelletur. Equidem, in quo argutari & fallere videtur Tr. si statutum ex sensu quo vulgo Dd. accipias sanctionem eorum, qui aliquà recognoscunt superiorem, res liquidissima est, ut in præiudicium superioris tale quid disponi non possit: sicuti postquam publica autoritate & Imperii lege Camera Imperialis constituta est, nullius constitutione effici potest, quo minus cuivis, salvis tamen privilegiis, eo liceat appellare: idq; est quod plæriq; ex citatis à Tr. autor. tradunt. Aliàs lege jus appellandi tolli posse, & huiusmodi

prohi-

prohibitione, nec divinum nec naturæ jus offendi crediderim: ut tamen non negetur omnis facultas conquerendi apud superiorem de manifestis injuriis magistratuum inferiorum. Et alias deteriori conditione uterentur ii, qui immediatè supremo magistratui sunt subjecti. Quin injuriam aliquã saperent privilegia principib. aliisq; statibus Imperii concessa, quib. appellatio vel limitatur vel plane inhibetur. Neq; quod apud huiusmodi status privilegiatos alia judicia inferiora sunt, justa satis ea privilegia efficere posset, si natura appellationem sanciret. Et multo minus defendi posset cõsuetudo Germaniæ, juxta quam, utiq; in Camera, non admittitur appellatio in criminalibus: in quib. tamen maius est periculum & damnum ab iniquitate judicis, & cum de pœna corpori fere irroganda tractetur, magis naturam defensionis appellatio sapit. Nec dubitari igitur potest, quin limitari possit appellatio per statuta, quæ nihil derogant juri superioris: veluti ut appellaturus vel etiam qui appellavit de calumnia juret, vel caveat de præstandis impensis *Myns. 1. obs. 6.* ubi quod addit, istis omissis, non contradicente parte, non vitiari appellationem, (quod his verbis proponit Tr. si adversarius privilegiis satisfieri non petat, nihilominus tenet appellatio (manifestam habet rationem: quoniam jus superioris fundatum est: itaq; aliud erit, si appellatio interponatur contra privilegia, quæ publica Imperii lege statibus concessa sunt: talis enim appellatio in camera recipienda non est.

Quando appellatio à Romanis.] Non ex Livii lib. 2. 3. & 10. sed ex lib. 1. hoc repetendum est: ubi Horat. permissu regis ad populum provocat. Neque dubium est, quin hac in re jura & mores aliarum gentium Romani fuerint sequuti. Et d. lib. 1. appellatio fuit ad populum, permissu Regis: alias ad hunc nõ ab eo provocationem fuisse bene confirmat *Scip. Gent. 3. d. jurisdict. 1.* postea exactis regibus ad consules putarim appellatum, sed mox ad populum per Leges Valerias tertio repetitas, ut est apud eundem *Liv. lib. 10. add. inf. h. th. lit. H. & th. 4. lit. C.*

Corrigit imperitiam.] Hoc immediatè non facit appellatio, sed sententia superioris. Et est hic appellationis finis & scopus, sicut iniquitas judicum introductæ & permissæ appellationis causa est. Finis ille sc. est in thesi, quem in hypothesi præsumimus, quem videl. omnis appellans prætendit, sed non rarò prætẽdit falso: cõtra quam appellantium malitiam, eorũ præsertim qui sunt in

possessione, nec sufficiens nec generalis est cautela, quam proponit *Geil. 1. observat. 136.* ut appellatus renuntiet appellationi, quæ ab uno aliquo articulo interposita est, & coram superiori super principali procedi petat.

LIT. B. C. & D.

A judice.] Neq; enim est quò & quomodo appelletur à parte, cōtra cuius injurias proximus magistratus adeundus est, quod non potest dici fieri per appellationem.

Ad superiorem.] Non ad minorem vel parem: cujus ratio perspicua est, quoniam rescissio aut reformatio sententiæ, quæ non rarò fit in secunda instantia, non potest contingere nisi vi potestatis majoris & superioritatis. Et est ista naturalis ratio, ut gravatus confugiat ad superiorem, qui injuriam illatam emendet: quod frustra quis petat à pari vel minori, qui nullum jus habet in eum qui offendit. Neque hæc res posset habere exitum, cum à pari vel minori inhibitiones, compulsoriales & alia id genus decerni nequeant. Et sub ista consideratione verissimum, est quod hic statuit Treut. consuetudine induci hoc non posse, ut ad parem vel inferiorem appelletur. Sed hoc lege & constitutione supremi principis procul dubio fieri poterit, ut ab eo qui aliàs in se par est, appelletur ad alium parem veluti ad proconsulem vel præsidem: sed nimirum hac ipsa dispositione alterum secundum quid superiorem effici oportet. Atq; ita hęc quæstio sub inepta futura sit, quæ citra manifestam implicationem contradictionis affirmari non possit.

LIT. E.

Gradatim.] Hoc quidem minimè essentiale est, siquidem jure Can. omisso medio ad Papam appellari potest: quod & procul dubio constitui potest in suo territorio à quocunque principe, à quo sc. inferiores magistratus absolutè dependent: cæteroquin constat in Imperio Germanico omissis statibus ad Cameram appellari non posse.

LIT. F. & G.

A sententia vel gravamine.] Hoc verbum sufficere potuisset, quoniam nec à sententia nisi sub qualitate gravaminis appellari potest. Sed Treut. videtur respexisse ad jus Canon. juxta quod à quocunque gravamine etiam extrajudiciali appellari potest,

test,

test, neq; tantum illato, sed etiam ut Treut. hic ait, inferendo: si modo prope & certò inferendum sit, & jure quis hoc metuat: maximè si damnum postea illatum non cōmodè possit reparari, de quo citati à Treut. autores sunt videndi. Videtur autem Treut. ambiguè uti verbo *sententia*, & modo generalius, ut hac lit. F. modò specialius, ut lit. L. adeò ut ibi etiam interlocutionibus opponat, quæ tamen sub communi sententiæ nomine etiam propriè accepto continentur, iuxta tradita à *Tr. sup. disp 23. th. 1.*

LIT. H.

Provocatio.] Hoc quidem verbum variè usurpatur: sed fortasse non minus verbum, appellare, quod non rarò de quacunque interpellatione quin etiam de attentatione pudicitię usurpatur *l. item apud 5. § si quis v rgines & §. appellare, de iniuriis*: neq; minus, quin fortasse magis ad exprimendam naturam actus huius de quo disputamus, verbum provocandi comparatum esse videtur, quo etiā frequentissimè autores in hac materia usos esse deprehendas: & ita apud Liv. lib. 1. provoco, inquit Horatius: & lib. 2. lex de provocatione adversus magistratus à Valerio lata: & lib. 8. Fabius, videro, inquit, cessurusne provocationi sis: & paulò antè, tribunos plebis appello & provoco ad populum: & lib. 10. Marcus Valerius de provocatione legē tulit: & ita passim in jure nostro provocationis verbo utuntur JCti: idq; significat Tr. dum ait verbum unum pro altero poni: post *Marant. d. ord. iud. p. 6. d. appell. n. 2. & 6.* cujus rationes nimium quam sunt jejunæ. Fortassis generalius dixerimus, appellationem esse contra judicem gravantem, superioris judicis implorationem.

LIT. K. & L.

Vel extrajudicialis.] Qualis etiam jure civili est quæ interponitur à decretis, quibus quis ad certa munera vocatur: neque video dissentire *Bartol. in l. 1. h. t.* quin ille ibi *numer* 5. appellationem aliam esse ait à definitiva, aliam ab interlocutoria, aliam à decretis & actibus extrajudicialibus, per cit. à Treut. *l. 1. quando appell.* nisi forte hoc nomine à Treut. reprehenditur Bart. quod trimembrem facit divisionem: sed vel pueri inde fecerint bimembrem.

A sententiis & interlocutionibus.] Et ergo in specie sententiam accipit de definitiva. Quod autem adspergit, sententiam

etiam iniustam transire in rem iudicatam, modo non sit contra expressum ius, satis explicatum est *supra disputatione 23. thes. 5. lit. A.*

LIT. M.

Proponit alterã speciem appellationis, ab actib. extraiudicialibus, & hãc in Camera recipi negat. Quod si ita est, oportet speciale sit in Camera: cum aliàs implicaret contradictionem, appellationem esse ab his actibus & decretis, & non recipi appellationem. Sed Tr. hic offendisse videtur: siquidem cit, *Geil. 1. obs.* 120. disertè distinguit V. C. inter principem qui gravat aliquem tanquam judex sive magistratus, vel tanqnam pars: illo casu recipi ait appellationem: & consequenter falsum est quod simpliciter Tr. ait: hoc casu cuivis liquidum est, quod adeundus sit iudex principis, qui si esset Camera, hęc adiretur non per appellationem, sed per modum simplicis querelæ: ex constitutionibus autem Imperii primo conveniendus est princeps coram, ut appellantur, austregis, ut citato loco notat Geil.

THESIS II.

LIT. A.

Appellare sc. possunt omnes, qui non iure se gravatos prætẽdere possunt: & ex his etiam excommunicatus, qui licet ipse in iudicio adesse nequeat, per procuratorem tamẽ rectè comparet: cui aũt defensio conceditur, ei nec appellatio negari potest: ꝙ etiam docet non *c. pervenit* 28. *h. t.* sed *c. cum inter. 5. inf d except.* In causis criminalib. cum iure nostro appellari possit, qui excipere velit crimen læsæ maiestatis, exceptionem suam ꝓbare necesse habebit: sed hoc non ad personas sed ad causas pertinet, de quib. agitur th. 5. licet id proponat Tr. th. 3. lit. K. ubi vide. Plane hodie consuetudine Germaniæ in criminalibus causis appellationes recipi non solent.

LIT. B. & C.

Dubium esse non potest, quin condemnati etiam plures rectè appellent: sed illud notandum quod adiicitur à Treut. unius ex pluribus appellationem & victoriam, etiam cæteris qui non appellaverunt, prodesse *l. 1 & 2. C. si unus ex pluribus* nimirum sub limitatione quã insinuat *d. l* 1 & expressius tradit *l. 10. § 4. h. t.* si una fuerit defensionis causa.

LIT.

LIT. D. & E.

Sive suo sive alieno nomine.] Dubium hoc non est in iis, qui negotium & causam alienam in judicio tractant & persequuntur. Est autē triplex quæstio 1. an appellare possint. 2. an appellare teneantur. 3. an appellationem interpositam prosequi possint vel teneantur. Et quæstio 1. omninò affirmanda est, veluti de tutoribus, curatoribus, procuratorib. Sed de procuratore quē tutores vel curatores post litem à se contestatam constituerunt, dubitare videtur Tr. quippe cuius appellationē non nisi ex æquitate valere ait. Sed imò ipso jure valere videtur, siquidem hic procurator ritè constitutus est *l. 11. C. d. procur.* idque ipsum probari videtur ex cit. à Tr. *l. 10. C. h. tit.* maximè cum loquatur de actore, qui minus jus quam procurator post litem contestatam constitutus habere videtur *arg d l 11. C. d. procur.* Quod ad negotiorum gestorem attinet, non agere quidē, sed sub cautione de judicato solvendo actionem excipere, eoque condemnatus appellare poterit *l. 24. in pr. h t.* Neque hoc casu ulla opus erit ratihabitione domini, quam hic requirit Tr. sed tum demum ubi dominus ipse vel per procuratorē litigavit: quo casu permissum videtur negotiorū gestori appellare, non jure suo, sed, hactenus saltem, ut dominus actum ratum habere possit: ad quē casum pertinet *l. 1. in pr. d. appell. recip.* ubi desideratur, ut mox ratū habeat dominus, id est ut rectè ibid. explicat Acc. & sequitur Tr. hic, intra tempus appellationi præfixum: sicut & aliàs ratihabitio post tempus legitimum interposita, nihil operatur *arg. l. bonorum 24 rem ratam haberi*, textus autem à Tr. citati nihil huc faciunt. Atq; hęc de prima quæstione. Altera quęstio, an teneantur appellare à Tr. cum priori confusim tractatur. Et quidē tutores vel curatores omninò appellare tenētur quod nisi fecerint, eo nomine actione tutelæ vel curæ conveniuntur, *l. 11. C. d. adm tut.* quò, non verò ad quæstionem primā pertinet limitatio Tr. *si bonam causam foveant*: quoniam frivolam & calumniosam appellationē interponere obligati non sunt: quomodo in simili fideiussor actionē mādati habet, si omiserit frivolā exceptionē *l si fidejussor. 29. in pr. & §. 1. cū seqq. mandati*. Et hoc in procuratorib. quoq; verius est, ut appellare teneātur, per not. *supr. p. 1. disp. 9. th. 3. lit. B.* quod ampliat hic Tr. etiāsi dominus aliunde resciverit, succubuisse procuratorem: quoniam sc. dominus existimare potest facturum procuratorē, quod jure facere debet *c. pen. d.*

procurat. Limitatio duplex traditur à Treut. 1. si quis ad unicum tantum actum procurator datus fuerit: quo casu nec appellare poterit. 2. si denuntiaverit domino, & ut loquitur pontifex in *d. capit. penult.* si domino fuerit contestatus: quod intelligendum, si supersit tantum temporis, intra quod facultas appellandi integra maneat domino. Super tertia quæstione, an procurator (nam de curatore & tutore res certa est) possit aut teneatur prosequi appellationem, communis sententia est, posse quidem, sed non teneri: quæ sententia expresso jure Canon. confirmata est *d. cap. penult. d. procurat.* licet fortassis contrarium, quod etiam teneatur, (etiam ubi à definitiva appellatum fuit, nam quò ad interlocutoriam, quam distinctionem hic ex *Zas. in f. hac lit.* proponit Treut. vix ratio dubitandi est) ex ratione juris nostri non improbabiliter defendi posse videatur, per *not. d. p. 1. disputat. 9. thes. 3. lit. B.*

LIT. F.

Verum etiam iis cuius interest.] Non videtur bona membrorum distinctio & oppositio: tum quia & procuratoris & ipsius principalis vel maximè interest: tum quia, ut paulò ante dictum, etiam negotiorum gestor cuius non interest, appellare potest. Sed intelligenda est oppositio. 1. ut intelligatur talis cuius interest, qui non fuit ipse condemnatus. 2. quod ita possit appellare, ut alterius qui succubuit, ratihabitione opus non sit. Distinguit autem hic Treut. duo membra: quod aut quis pro suo interesse à sententia ipse appellat, aut ab alio interpositam appellationem cupit prosequi. Illo casu ait Treut. exprimenda esse gravamina: videlicet non postea dum introducitur appellatio, hoc enim generale & commune est, sed una cum ipsa interposita appellatione: quod tamen non probatur per textus à Treut. & Geil. allegatos, veluti per *cap. non solent. 30. caus. 2. quæst. 6. cap. super eo. 15. d. offic. delegat.* (quibus textibus hoc tantum probatur, quod tertius pro suo interesse appellare possit,) non etiam ex *l. 1. d. appellat. recip.* parum etiam facit *cap. cum super. 17. d. sentent. & re judic.* ibi *rationabiliter*: (ex quo verbo male infertur ad necessitatem exprimendi causam in ipsa appellatione:) parum etiam *l. 5. in princ. h. tit.* quo loco nihil aliud probatur, nisi hoc, quod nemo possit appellare nisi ex justa causa, cuiusmodi est, interesse, quod videlicet

licet postea deducere sufficiet. Sed ita tamen observari, ut necessum sit statim exprimere causam docet *Geil 1. observat. 122. post Bartol. in dict. l. 5. in princip. numer. 9.* ubi ait huiusmodi appellationem hactenus imitari naturam appellationis à sententia interlocutoria: quod admitti potest si tertius ille non interfuerit judicio: cæteroquin si affuerit, veluti venditor denunciatus ab emtore cui controversia super re vendita movetur, nihil necessum putarim denuo exprimere causam: & ad prius illud pertinet *l. 5. §. 1. hoc tit.* ubi dicitur admitti legatarios ad appellandum, si querantur per collusionem pronuntiatum. Posterior casus propriè ad hunc locum, in quo de appellante quæritur, non pertinet: siquidem aliud est appellare, aliud adhærere appellationi, quam alter interposuit: quod itidem licere probant *Dd. per l 5. §. idem 2. h. t.* ubi hoc notat Bart. quoniam cum sententia per appellationem suspensa & pene extincta sit, *l. 1. in f. ad SCtum Turpill.* quoad omnes gravatos & interessentes perinde haberi videtur, ac si judicatum non fuisset: pro quo in argumentum adduci solent *l. cum unus. 12. d. bon. author. iudic. l. si post mortem. 10. §. fin. d. bon poss. contr. tabb.* quamvis eorum textuum specialis & propria sit ratio. Huius occasione adiicit, quod etiam ipse appellatus, altero appellationem deserente, possit nihilominus, si eius intersit emendari sententiam, eam prosequi: quoniam & ipsis jus quæsitum est: pro quo non quidem in terminis sed aliquatenus facit *l. ultim. Cod. hoc tit.* secundum quam judex in favorem appellati potest emendare & reformare sententiam, si eam quoad illum iniustam deprehenderit.

Et licet victus.] Redit ad eum cuius interest, & hunc ampliando appellare posse docet, etiamsi principalis condemnatus non possit, veluti si jam bis appellaverit: quoniam jure nostro, ut tractatur *thes. seq. lit. L.* tertio appellare non licet, (Ubi obiter notat, quod in Camera id non obtineat, quoniam ita status Imperii pluribus constitutus judiciis facile jurisdictionem Cameralem eludere possent) & illud tamen limitat, si tertius causam tractari nesciverit: sed malim regulam ita concipere, quod ubi non potest appellare ipse principalis, non possit etiam tertius pro suo interesse: sub hac limitatione, nisi causam tractari ignoraverit.

Hinc maritus pro uxore.] In dotalibus inepta hæc tractatio est, super quibus mulier nec agere potest, sed solus maritus *l. 9. C. d. rei vind.* & pene etiam inepta in paraphernalibus, si ex ratione juris novi *in l. 8. & ult. Cod. d. pact. convent.* maritum legitimum administratorem esse ponamus: in quibus terminis ipse utique maritus actiones exercet & excipit. Nec dissimilis ratio est, si maritum in receptitiis bonis vel ex mandato uxoris, vel cum cautione rati, in judicio intervenisse proponas. Cæteroquin si ipsa hic mulier egerit, non videtur maritus tanquam pro suo interesse appellare posse: sed hactenus saltē, ut appellatio facta ab uxore rata haberi possit.

Uxor verò pro marito.] Fœminæ in judicio non nisi in propria causa admitti solent *l. 4. C. d. procur.* cæteroquin vix etiam pro liberis *l. 1. §. 2. d. appell. recip.* & non nisi casu singulari pro parentibus *l. 41. d. procur.* & pro maritis *l. 3. §. 2. d. liber. caus.* Et hoc tum propter qualitatem sexus argum. *l. 21. inf C d. procur.* tum quia hoc incidit in quandam speciem intercessionis. Et hoc itidem non pertinet ad casum quo tertii interest: nisi ponas maritum in causa uxorem cōcernente, videl. super receptitiis vel paraphernalibus *arg. l. 4. §. 2. h. tit.* quin etiam in dotalibus, præsertim hodie post ampliatum jus uxorum *l. 30. C. d. iur. dot.* succubuisse: quibus casibus non dubitaverim uxorem pro suo interesse appellare posse. Illud autem haud scio, an quis tentare possit, quod uxor extra hos casus, hactenus saltem appellare possit, ut maritus ratum habere queat.

Pro filio tamen] Hoc non propter interesse propriè dictum, sed pietatis intuitu admitti, docet *l. 1. §. 1. d. appell. re. ip* adeoque tanto magis in criminalibus obtinebit.

Pater.] Hoc rectum est exemplum eius qui pro suo interesse appellat *l. 2. §. 2. quando appellandum.*

Filius pro patre] Ait quod filius pro parte etiam sine mandato appellare possit: & ergo intelligit appellationem quæ fiat nomine patris: hic autē de iis agitur, qui pro suo interesse nomine proprio appellant. Sed & amplius, ut ex cit. à Tr. *l. 23. §. 2. h. t.* apparet, appellat tantum filius, si contra patrem judicatum sit de bonis quæ per ipsum poterāt acquiri. Equidem, quod ibi Accurs. movet, interesse potest dici filii, peculium habere: sed propter jus patris cui omnia acquiruntur, consideratio illa non attenditur, neque jus appellandi filio nomine proprio conceditur: quod tamen hodie conceden-

cedendum videatur filio in bonis adventitiis quorum proprietatem habet,& super quibus pater consensu filii actionem instituere debet.

Admittimus.] Hoc etiam rectum exemplum est appellantis pro suo interesse, si subditis victis dominus appellat.

Et tandem omnibus.] His verbis, quod omnibus præiudicium per sententiam accipientibus, ratione sui interesse permissum sit appellare, non video quid amplius dicatur aut aliud præter id quod dixerat in thesi: posse appellare eos quorum interest.

Unde omnib. extraneis.] Quod proponitur & deciditur *in l. 6. h t.* ex præcedentibus non infertur: quia receptum est ex singulari humanitate intuitu miserationis, ut homo à morte liberetur. Et debuisset Tr. hic distincta membra & capita quædam constituere eorum qui appellare possunt: vel propter interesse in specie dictum, vel propter arctissimam coniunctionem, vel propter miserationem &c.

THESIS III.

LIT. A.

Proponit hic eos, quibus appellare non licet, ut tamen quædam misceat, quæ à personæ qualitate non dependent. Ait autem 1. his adimi beneficium appellationis qui renuntiaverunt: nõ satis bene: quoniã beneficium quod quis ultro remittit, adimi non dicitur. Pactum autem hoc renuntiatorium, ita effectum sortitur, ut judex superior appellanti deneget processus, cum præsertim eiusmodi pactum lege sit probatum *l. ult. § ult. C. d. tempor. app.* Et est hac in re alia ratio statuti, quod cũ præiudicio superioris in universum inhibet appellationem, eoq; inutile est, ut notandum *th. 1. lit. A.* maximè cum invitis partibus appellationem inhibeat: quæ in pacto secus se habent: & simul ostendunt, quod appellatio nõ sit propria defensionis species, & præsumi potius pro judice, quod justè sit judicaturus: cæteroquin rationis non esset, ut valeret tale pactũ, per quod judex ad delinquendum & partibus iniuriam inferendam invitaretur. Etenim omninò hoc ita accipiendum est, cæteroquin vix ratio dubitandi esset, quod pacto etiam ante sententiam juri appellandi renuntiari posit, arg. *l. 1. § 3. à quibus app. llare &c.* idque ex Dd. refert *Marant. p. 6. d. appell. num. 332.*

Inter-

Interposita tamen.] Quod hic tradit Treut. interpositæ appellationi invito appellato renuntiari non posse, nihil aliud esse videtur, quam quod dixit *thes. praced. lit. F. vers. ipse etiam*, appellatum & si non provocaverit, si appellans interpositam appellationem non prosequatur, eam pro suo interesse persequi posse. Utique dubitandum non est, ubi utrique ex appellatione jus quæsitum est, renuntiationem unilaterem, ubi loquuntur, alteri parti præiudicare non posse.

LIT. B. & C.

Pactum renuntiatorium Treut. duplex facit, expressum, cui etiam ante sententiam locus est, & tacitum, quod induci ait per desertionem, adeoque post sententiam. Sed dubitare licet, an hoc rectè appelletur pactum de non appellando: quoniam V. C. ante elapsum præcisè decennium, jus appellandi durat, ideoque nulla adhuc renuntiatio tacita, quæ sane in ipso puncto finiti temporis vix dici potest intervenire: nisi ex eo quod non appellavit, ab initio animum non appellandi præsumere quis velit. Eadem ratio est fatalium introducendæ vel prosequendæ appellationis, vel non petitorum rite apostolorum, vel alterius cuiuscunque omissæ solennitatis: ut nimis multa hic tacita pacta fingenda videantur: imò ubicunque quis tempore vel aliis modis excluditur, protinus tacitum pactum fuerit introducendum.

Nam eo ipso quod promisit.] Ad renuntiandum requiri ait verba expresse declarantia: quod si enim quis ita promittat, se staturum sententiæ judicis, renuntiationem non induci. Hoc quidem ita etiam tradit *Marant. p. 6 act. 2. numer. 330.* Sed dubitationem movet, tum quod illa verba utique ad minimum videntur operari debere tacitum pactum: tum quia imò his verbis satis expressisse voluntatem suam videtur, cui utique & promissioni illi contravenit per appellationem. Quod si enim tacitam conditionem quis hic statuere velit, quam comminisci videtur *gloss. in cap. ad hac 20. h tit. nisi index per iniquitatem gravet*: plane nuntiationem juris appellandi sustulerit, siquidem quivis appellans iniquitatem judicis & sententiæ prætexit. Accedit 3. quod lit. C. tradit. Treut. in thes. & expressum est *in l. 1. §. 3. à quibus appell.* eum perdidisse beneficium provocandi, qui ante sententiam profes-

professus fuit, se à judice non provocaturum : quod utique facere videtur, qui staturum se sententiæ judicis promittit: quandoquidem per appellationem sententia directo impugnatur, eiusque effectus suspenditur, & pene extinguitur *l. 1. in f. Turpill.* cum etiam plus videatur esse in promissione, quam in simplici professione. Denique cum appellatio sit remedium ordinarium, facilius ei renuntiari potest : nam extraordinaria remedia, non obstante eiusmodi promissione, adhuc superesse, rectius defenditur. Facit & hoc, quod verba sunt accipienda cum effectu, qui nullus hic futurus esset, si appellatio permitteretur. Sed pro Treut. sententia facit, non quod ipse citat, *cap. solicitudinem 54. hoc tit.* sed *cap. ad hæc 20. eodem tit.* iuxta quod non obstante etiam juramento admittitur appellatio. Verum enimvero, cum aliàs jure Canon. per juramentum actus etiam quidam jure civili illiciti vel potius invalidi confirmentur, neque verò hic actus, quo quis promisit se staturum sententiæ, illicitus, quin imò pactum de non appellando jure civili probatum sit, & insuper *in cap seq.* 21. in iisdem terminis juramento standum esse dicatur. oportet *in dict. cap.* 20. specialem aliquam decidendi rationem subesse. Et fortassis nimis ibi vaga est promissio, aut illa non libera, sed quodam metu negatæ videlicet absolutionis, de quo casu, quo absolutio petitur, utrumque c. glos. & Canonistæ explicant, quodammodo extorta: aut, quo glos. ibidem inclinat iniquitas decreti vel mandati nimis fuit manifesta. Et omninò proponitur ibi hic casus quo Episcopus non vult impertiri absolutionem nisi prius mandato suo eique quod ipsi Episcopus iniuncturus est, absolvendus sese staturum promittat: quod mandatum, cum promissio nimis sit incerta, si forte iniustum appareat, merito appellatio, & cognitio super qualitate mandati superiori permittenda est, velut *in cap. quinta vallis. 23. d. iurciur.* quod ad eiusmodi indefinitam promissionem impositum & mandatum est, si legitimum non sit, etiam qui iuravit præstare non tenetur. Et tanto facilius hic admittenda appellatio, quod nullum versatur interesse partis: & amplius cum illa promissio pro extraiudiciali habenda videatur: etenim quod & Accurs. notat *in d. l. 1. §. 3. à quibus appell* qui extra judicium staturum se dixit sententiæ judicis, appellare non prohibebitur.

Differt ergo appellatio.] Ex Maranta *dict. loc. num.* 332. hanc differentiam proponit Treut. appellationis & reductionis ad arbitrium boni viri, quod huic ante sententiam latam non possit renuntiari. Hoc quidem non probatur *ex dict. cap. 23. d. iureiur.* sed hoc tantum, quod ex mandato illicito non obligetur, qui etiam jurato se mandato pariturum promisit. Quod si quis dixerit, eum videri esse in dolo, qui vult renunciari arbitrio boni viri: respondebo, vel quod non possit alterutrius dolus argui in pari causa & incerto litis eventu: vel potius quod sit fallacia ambiguitatis in *arbitrio boni viri.* Nimirum etiam appellationis hic scopus est, ut iniquitas in sententia commissa corrigatur: neque aliud intelligimus arbitrium boni viri, quam arbitrium judicis, & judicis quidem ordinarii, qui iniquitatem alterius, instituta coram se actione, officio suo emendat, ut probat elegans textus *in l. unde si. 79. pro socio,* & notatum est *supra part.* 1 *disp.* 29. *thes.* 3. *lit.* E. Videri amplius possint hæ rationes differentiæ inter judicem & privatum, ut vocant Dd. arbitratorem: quod hic laxiorem videtur habere facultatem pronuntiandi, & maius ab eo esse periculum: quod judex sit persona iurata & publica cuius industria publice sit electa: quod judex male iudicans, ex quasi delicto, & aliis actionibus teneatur: propter quæ cum præsumatur bene iudicaturus, facilius ut renuntietur appellatioi, admissum fuisse videtur. Et tamen istæ rationes non admodum stringere videntur: vel quia arbitrator quoque iste præsumitur vir bonus: vel quia arbitri compromissarii in specie dicti sententiæ omninò aut parendum, aut pœna solvenda est: vel quia tentare quis possit, per pactum de non appellando, non censeri renuntiatum enormi iniquitati, utique si non appellare, at restitutionem contra sententiam petere possit: sicuti ratio datur & modus, quo quis contra manifestò iniquam sententiam arbitri defendatur *l.* 32. §. 14. *d. appell.* Cæterum ex vera juris ratione, ut notatum supra *p.* 1. *disp* 12. *th.* 4. nulli sunt eiusmodi arbitratores, qui judicum partibus fungantur, sed qui in contractibus ad definiendas partes societatis pretiū in emtione, mercedem in locatione determinandam adhibentur: quibus casibus iniquitas manifesta est, & emendatur officio iudicis, obiecta exceptione, si ex iniquo contractu alter conveniatur *d. l. 79 pro socio.*

LIT. D. & E.

Ex eremodicio condemnati.] Eremodicium, quod ipsa vox arguit, nihil aliud est quam lis deserta, & tradit *Govean. 4. var. 39 Brisson. libr. 5. d. V. S.* cuius mentio *in l. 7. §. ultim d minor l. 13. §. sin autem 3. cum §. seq. C. d. iud.* unde reus cum rem non defenderet, ex eremodicio sententiam passus dicitur *l. 13. in pr. iudicatum solvi.* Deseritur autem lis, si V. C. reus lite contestata discesserit & legitimè citatus non comparuerit: quo casu cognita causa definitivè pronuntiatur *dict. l 13. § 3. & 4.* & provocandi licentia negatur *d. § 4.* Et ita fortassis dicere voluit hic Treut. qui ob litem desertam, id est, cum deseruissent litem, condemnati fuerunt: nam in illis qui appellationem deseruerunt, ut habent verba Treut. nec ratio dubitandi esse, nec locus huic quæstioni videtur: quia alii sententiæ hic locus non est, sed causa ad priorem judicem, exequenda remittitur.

Contumaces.] Quod hi appellare non possint, non probatur *ex l. 1. C. quomodo & quando iud.* non *ex l. 53. in pr. d. re iudic.* quia phrasis, *litis damno coerceri*, variè explicatur: non etiam *ex l. 4 C. quor. appell non recip.* ubi qui etiam præsentes litem exercuerunt, contumaces dicuntur, non quod per contumaciam condemnati sint, sed quia debitum liquidum, & privilegiatum solvere noluerunt, adeoque alia de causa ibi negatur appellatio. Sed probatur *ex l. 23. §. ult. h. t l. 73. § ult. d. iud l. 1. C. quorum appell. non recip l. 13. §. sin autem 3. & 4. C. d. iud* nam & tum intervenit contumacia, ubi quis ex eremodicio condemnatur, ut proinde talis sub commune genus contumacium fuerit referendus. Et hæc, quod contumax appellare non possit, certa & recepta est sententia, referente *Gail. 1 obs 132. num. 7.* quam limitat Tr. hic lit. E. *nisi venerit iudice adhuc pro tribunali sedente ex l. 7 d. restit in integr.* Et ibi quidem dicitur, eum qui statim post sententiam latam supervenit, restituendum esse, sed si judex restitutionem negat, procul dubio rectè appellabit. Limitat inde Treut. ut sententia illa recepta habeat locum in contumace vero: adeoque prior limitatio jeiuna erit: quoniam qui ita statim supervenit, juxta *dict. l. 7.* non habetur pro contumace vero, sed ut ibi expresè dicitur, existimatur, quod non sua culpa, sed parum audita voce præconis defuerit: nisi Treut. generalius & extra terminos *dict. l. 7.* quam tamen citat, intelligas de eo,

qui cum initio contumax esset, postea pœnitentia ductus, se stitit, eoque veniam meretur: veluti si nuncio citanti, responderit se venire nolle: ut nihilominus hic pœnitentia contumaciam purgare, & ad beneficium appellationis admitti possit. Quis autem sit contumax verus vel fictus, ut eum hic appellat Treut. aliunde desumendum, non hic tractandum est: plane ex textibus citatis à Treut. id non facile quis intelligat. Statuendum autem, quod in hac quæstione non ille dicatur contumax, qui in actu aliquo judiciali præcepto alicui judicis non paruit, cui non negatur beneficium appellandi, qui casus est *l.ultim. §. primo, h. t.* ubi reus per contumaciam non exhibuit instrumenta: sed qui post litem contestatam in judicio citatus non comparet: in quibus terminis vel liquido constat quem esse contumacem, veluti si expressè dixerit se nolle comparere *Geil. 1. observat. 132. numer.* 8. vel pro tali habetur, veluti ubi constat ad notitiam alicuius pervenisse citationem: imò ubi absque hoc legitimè secundum formam juris reus requisitus & citatus fuit, per *l. 13. §. 3 & 4. C. d. judic.* ubi ex causa contumaciæ negatur beneficium appellandi, ut tamen nulla expressa contumacia quod quis dixerit, se nolle venire, proponatur: ut nec dubitari posit de eo quod subiicit Treut. verum esse contumacem, in cuius notitiam citatio ad domum eius missa venit, nec tamen cum posset, venire voluit. Quod si judex aliquid ex solennibus citationis omiserit, & sententiam tulerit, locus erit appellationi: sicut & tum, si reus justam aliquam ignorantiæ & absentiæ causam allegare posit: quo pertinet *l. 3. C. quomodo & quand. iud.* ut apparet, hoc, an quis verus contumax sit necne, sæpe in facto consistere, & de eo judicem superiorem, ad quem appellatum est, obiecta exceptione contumaciæ, cognoscere debere, ut verissimè annotavit *Gothofred. ad dict. l. 13. §. 4. Cod. d. iudic.* An autem contra absentem non citatum pronuntiari posit, tractatum est *supr. p. 1. disp. 12. th. 15. in f.*

Quin si procurator.] In iis quæ concernunt processum contumaciam procuratoris, quippe qui litis dominus factus est, principali nocere, communiter & rectè receptum est, per *l. 10. Cod. d. procurat. Geil. 1. observat. 89. numer. 3.* & notatum supra *part. 1. disput. 9. thes. 12.* adeoque nocebit etiam quoad jus appellandi: cui non obstat *l. 1. §. ult. quando appelland.* quia non tractat de contumaci procura-

cura-

curatore, sed de eo qui non appellavit, & tamen difficile esse ait, ut dominus audiatur, videlicet ut ei computetur tempus appellationis à die scientiæ, quomodo absentibus condemnatis computari solet *d. l. 1. § ult. l. 4. C. d. liber. caus.*

Quod si mandati nolit agere] Contumacia procuratoris nocet domino quantum ad partem, ut loquuntur, cui quoniam ex mandato domini cum procuratore qui litis dominus factus est, litigavit, non debet auferri jus quæsitum. Sed quicquid ex contumacia procuratoris dominus damni sensit, actione mandati consequitur *l. 10. Cod. d. procurat.* Quod si adeo dominus nihil consequi possit, procuratore non existente solvendo, eum in integrum restituendum esse communius receptum est, quia eius justitiam causæ suæ ostendere parati, conditio potior esse debet, quam partis adversæ, quæ ex contumacia procuratoris sensit lucrum: de quo actum *supra part. 1. disputat. 9. thes. 12.* Treut. autem non rectè videtur ponere casum domini nolentis agere: nam si possit consequi à procuratore, quod sua interest, minimè æquum est rescindi sententiam: & ipsa Treut. exceptio, *si procurator solvendo non sit*, non pertinet ad casum, quo dominus agere non vult, & quo restitutionem petens audiendus non est, sed quo agere non potest, id est, quo frustra ageret propter inopiam procuratoris: nam quin ipso jure actio competat, nec dupondius quidem dubitaverit: quo fortassis respexit Treut. dum ait, *modò æquè utilia sint remedium ordinarium & extraordinarium*, videlicet restitutionis: quoniam ubi procurator solvendo non est, actio ordinaria mandati inutilis est & inanis.

LIT. F.

Sponte confessi & convicti simul.] Ergo duo hæc coniunctim requiruntur ut sint confessi & convicti, & ut sint confessi sponte. Cum autem subiiciat Treut. in exegesi, *in causa civili & criminali*, non rectè illud ita in thesi proposuisse videtur: tum quia in civili causa reus non torquetur, adeoque omnis confessio spontanea est, tum quia ipse Treut. hac lit. in civili causa confessum tantum regulariter appellare posse negat. Quod ad causas criminales attinet *in l. 2. Cod. quor. appellat. non recip.* non de omnibus criminum reis, sed quibusdam tantum rescriptum est, eos appellare non posse, si convicti & ipsi extra tormenta crimen confessi fuerint,

Sponte confessj.

adeoq; ubi confessio probationes est sequuta, quibus aliàs contra confessum opus non est, nisi ad verificandam ipsam confessionem: veluti si quis homicidium fateatur, de corpore delicti constare oportet, ut notatum *supra disp. 31. th. 2.* Quod si reus tantum confessus est, etiamsi extra torturam sponte hoc fecerit, appellationi locum Dd. faciunt, teste *Marant. part. 6. d. appellat. numer. 281. lim. 3.* & ita omnes sentire ait *Bartol. in l. constitutiones. 16. h. tit.* Sed refragatur optima ratio à Pontifice expressa *in cap. cum speciali. 61. §. porrò h. titul.* quod appellatio sit introducta ad emendandam sententiæ iniquitatem, & ut sit præsidium innocentiæ non malitiæ, quæ est in confesso: unde *in capit 3. § sin autem. d. appellat. in 6.* casus quo quis confessus est refertur inter eos, quibus jure appellare prohibitum est. Et cum probationes ad eum solum finem requirantur, ut vel ipse reus delictum negare non ausit, sed quodammodo nolens volens fateri illud cogatur, nihil videntur addere probationes, ut tantò minus appellationi locus esse debeat. Neque verò ex eo quod *in princip. l. 2. Cod. quor. appell. non recip.* dicitur, convictum & confessum non appellare, rectè inferre possis, quod confessus tantum jus appellandi habeat: quoniam illa requiruntur coniunctim, si incipiatur à convicto, secus si incipiatur à confesso, quem amplius convincere opus non est, & contra quem ineptè testes & probationes aliæ producantur. Quinimò cum *inf. d. l. 2.* ei concedatur appellatio, qui convictus tantum, aut in tormentis confessus est, à contrario sensu colligere liceat, eum qui tantum sed sponte confessus est, appellare non posse. Et tamen quoniam hic de capite hominis agitur, sub hac limitatione poterit admitti communis sententia, si possit confessus probare errorem in confessione admissum, eumq; probabiliter prætendat: (quamvis Tr. hanc limitationem restringens ad causam civilem, simpliciter videatur permittere appellationem confesso) quem sc. errorem non poterit allegare qui etiam convictus est, quippe quem nullo modo audiri volunt *Impp. in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip.* Facit quod ex *d. cap. 3. d. appellat. in 6* probatur, quod non obstante nullitate appellationis judex superior possit inhibere: quod in casu rei confessi & convicti utique non poterit *per d. l. 2.* Et ita hoc statuemus in confesso tantum, ut superior appellationem reiicere possit, fortassis etiam debeat, nisi causa probabilis erroris appella-

tion

tioni inserta fuerit, cum aliàs appellatio regulariter legitimè interposita, à judice superiori sit recipienda. Et hactenus improbanda videtur sententia Marant. *dict. loc.* ubi simpliciter, utcunque erroris causa adiecta non sit, appellationem tamen admittit: licet dicat, *eam à superiori recipi posse*, & in casu non insertæ causæ, statuat inferiorem judicem ad executionem procedere posse, usq; dum ei inhibeatur. Cæterum ei quod de negata appellatione diximus non obstant textus *in l. 6. h. t. l. addictos. 29. C. eod. & l. addictos. 7 C. d. episcop. aud.* vel quia reus ibi confessus est post senrentiam, ut notant *gl. in l. 2. C. quor. appell. non recip. Bart. in l. constitutiones. 16. h. t.* vel quia aliis permittitur jus appellandi, speciali humanitatis ratione: vel quia hoc permittitur sub prætextu falsæ & iniquæ sententię, ubi ipse reus perire festinans propriam salutem creditur negligere.

In civilib. causis aut confessus est quis in jure apud prætorē, aut apud judicem pedaneum. Illo casu nulla fertur sententia, sed terminus assignatur ad solvendum, & datur specialis actio de confessis, in qua probata cōfessione, proceditur executivè, adeoq; nec appellationi locus est. Hoc quoq; casu idem obtinere putaverim, quoniam confitente reo, & sese offerente ad solvendum, non videtur condemnationi locus esse *arg. § ult. Inst. d. perpet. & temp. act.* & utcunq; judex condemnaverit reum iuxta confessionem, rationis tamen non est, ut eius appellatio recipiatur. Neque putaverim errorem hic à maiore prætendi & restitutioni locum esse posse: quæ non nisi in persona minoris in confitendo lapsi, à Dd. admitti solet. Et huc pertinent textus juris Canon. *in cap. consuluit 14. & 28. & 29. & c. cum speciali §. porrò h. t.* quibus probatur, judicem in notoriis non obstante appellatione ad executionem procedere posse: quamvis procul dubio iusta erroris causa allegata, superior inhibere possit. Et hactenus rectè admittitur sententia *Marant. p. 6. d. appell. n. 82.* ubi in notoriis quoque admitti ait appellationem, si causa inferatur rationabilis: adeoque non dissentit à Treut. imò magis cum ipso sentit: sicut nec dissentit *Accurs. in l. 2. C. quor. appellat.* ubi simpliciter & in genere ait, confessum in civilibus causis non appellare. Neque aut ab hoc aut à Maranta adducuntur textus citati à Treut. *in l. fin. Cod. quor. appellat. & in l. fin. Cod. d. error. advocat.* qui etiam nihil ad rem faciunt. Nec facit

cit pro Treut. *l. generaliter.* 13. *Cod. d. non num. pec.* quæ contra extrajudicialem confessionem & chirographum, probationem & eam certissimam & quidem per instrumenta probationem admittit.

LIT. G. & H.

Privilegiatum est debitum fisci, & ideò sine longiori mora solvendum *l.* 4. *Cod. quor. appellat. non recip.* ex quo textu satis apparet, privilegium hoc competere fisco certanti de damno vitando, non autem si lucra pœnalia persequatur, notat Marant. sæpe *dict. loc. num.* 289. De notorio, quod tractatur sub lit. I. iam attigimus sub lit. F. quia confessum sive debitum sive delictum sunt species notorii: qua de causa evidentia rei & confessio coniunguntur *in cap. cum speciali.* 61. *§. porrò h. t.*

LIT. K.

Quos statim reipublicæ interest puniri.] Cuiusmodi præter enumeratos à Treut. sunt rei manifestæ violentiæ *l.* 6. *Cod. ad L. Iul. d. vi publ.* Damnatos læsæ majestatis appellare posse statuit Treut. thes. 2. lit. A. Sed obiicitur. 1. quod vel maximè reipublicæ interest, & in nullo crimine magis, statim puniri reos perduellionis & propter dilatum supplicium gravissima incommoda sequi possunt, quod etiam ostendit Cato in Orat. sua adversus coniuratos Catilinæ socios apud Salust. 2. quod *in l. constitutiones* 16 *h. tit.* negatur jus appellandi ducibus factionum, cuiusmodi vel maximè sunt perduellionis rei *l.* per *quisquis.* 5. *Cod. ad L. Iul. maiestatis.* 3. quod cum simul propter criminis gravitatem negetur jus appellandi, sine controversia hoc crimen atrocissimum est. Denique quod sub qualitate læsæ majestatis *l.* 2. *Cod. d. fals. monet.* negatum videtur jus appellandi monetariis *l.* 1. *Cod. d. fals. mon.* Et hanc receptam sententiam refert *Marant. sæpe d. part.* 6. *d. appellat. numer.* 286. cui ego quidem calculum meum addiderim lubens.

Quod ius hodie.] Constat, quod ex L. imperii in Camera causæ criminales regaliter non admittantur: sed de eo quod generali totius Germaniæ consuetudine ubivis & extra Cameram idem obtineat, non omnimodo constat, quoniam in dubio sequenda hic est ratio & jus civile, donec consuetudo contraria, quę facti est, legitimè probetur: quod in his ipsis terminis tradit & confir-

confirmat *Bocer. in tract. d. iurid. c. 3. n. 84. & seq. & Wesemb. in paratitl. d. appell. recip. n. 3.* in plerisq; tantum locis Germaniæ consuetudinem eam agnoscit.

LIT. L.

Trino iudicio superatos.] De his nihil amplius dixit *thes. 2. lit. F.* nisi quod qui bis provocavit, amplius appellare non possit *l. unic. Cod. ne liceat in una eademque causa.* Rectè autem docet citatus Speculator post Dd. quod illa coustitutio pertineat tum ad unum idemque capitulum, tum ad unam eandemque partem : ita ut actori & reo singulis bis, & ita quater in una causa liceat appellare. V. C. Titius petit à Sempron. centum ex mutuo : judex absolvit Sempron. Titius appellat, & confirmata priori sententia itidem absolvitur Sempronius : Titius iterato appellat, & judex condemnat Sempronium : (si enim absolvisset, Titius ulterius provocare non posset) Sempronius appellat, quem judex itidem condemnat : Sempronius secundò appellat, & rursus condemnatur : (idemque erit si hic Sempronius fuerit absolutus) in quibus terminis & actor & reus singuli bis appellaverunt, adeoque ulterior appellandi facultas cessat. Istud his verbis proponit Speculator : si appellavero à sententia pro te contra me lata & judex appellationis sententiam confirmat, possum secundo appellare à confirmatione sententiæ : sed si hæc confirmatio confirmetur, non possum amplius appellare. Si autem confirmatio infirmetur, tu poteris ab illa sententia appellare, quia hæc non est tertia appellatio, sed prima quoad te : & si judex appellationis infirmationem sententiæ infirmet, poteris secundo appellare, sed ultra tibi non licet. Hactenus Speculator, ubi addit idem esse, si interpellatim, id est, alternatim fiant appellationes, ut si à sententia lata pro te contra me ego appello & in causa appellationis obtineo, tu secundo appellas & obtines, tertio ego appello & obtineo, & quarto tu appellas & obtines. Ex quibus apparet esse hic quinque sententias, non sex, neque adeo rectè & verè dici à Speculatore & Treut. quod uterque, & actor & reus habeat binas confirmatorias : quoniam confirmatorium dicitur respectu confirmati : sed omninò alter duas, alter tres sententias, & ita alter tantum duas confirmatorias habet, veluti in specie proposita habet Titius. In istis autem terminis ex Speculatore quæ-

Trino judicio superatis appellare ò licet.

stionem proponit Treut. si, ut Speculator loquitur, tu habuisti pro re duas sententias confirmatorias, & ego pro me alias duas, uter nostrum potior sit futurus, cum nulli nostrum liceat ulterius appellare. Equidem non quæri existimo, quomodo & pro quo judex postremus, à quo ulterior appellatio non datur pronuntiare debeat, cui ineptum sit præscribere, ut vel secundum hunc vel secundum illum sententiam ferat. Sed quæstio & à Speculatore & à Treut. formatur in terminis præclusæ appellationis, adeoque sententiarum pronunciatarum. Et Speculator potiorem facit causam rei originalis, id est, qui prior in judicium vocatus fuit. Alii eum præferunt qui primus sententiam pro se obtinuit. (quorum inepta ratio refertur à Speculatore, quod sępe sententię in pejus soleant reformari) & ita Johann. Andr. ad Specul. actorem præfert si primam sententiam habuerit: cuius sententia *ex Clement. 1. de re iudic.* ad quam ille tanquam ius liquidum provocat, minimè mihi probari videtur, quippe cum ibi casus omninò diversus tractetur. Ego verò aut non intelligo quæstionem, aut nõ animadverto quomodo non potior esse possit & omninò debeat qui posteriorẽ sententiam obtinuit, utpote latam ab eo, qui reliquis omnibus iudicibus est superior: neque proinde attendi potest ad hoc, quod alter forte plures pro se sententias habet, quibus omnibus derogat posterior.

Illud generale.] Appellatio cessat vel propter qualitatem iudicis, & locus est nihilominus supplicationi: vel, ut proponit Treut. ex statuto eam inhibente propter hunc finem, ut lites sint breviores: quo casu Treut. rectè videtur negare locum supplicationi: quia etiam per hanc extrahuntur lites, licet non eodem modo quo per appellationem, in cuius instantia licet non deducta deducere &c. supplicatio autem ex iisdem actis est iustificanda.

THESIS IV.

LIT. A.

Agitur hac thes. de iis, à quibus appellatur, & ab omnibus scilicet, ut ait Treut. iudicibus, qui videlicet revera iudices sunt, de quo dicetur lit. G. & porro ait, ab omnibus etiam superioribus: videlicet si non agnoscant superiorem, cuius respectu sunt infe-

inferiores, adeoque hac consideratione omnis appellatio fit ab inferiore. Illa impertinens limitatio est; modo appellatio non sit frivola.

LIT. B.

Tam delegatis.] Certum est, quod à delegatis appelletur: inconcinnior autem est limitatio: nisi delegatus sit à principe, sub hac clausula, remota appellatione: siquidem non propter qualitatem delegati, sed vigore adiectæ clausulæ ex ipsius Treut. sententia inhibetur appellatio, cuiusmodi clausulam nemo nisi princeps adiicere potest. Sed Treut. hunc modum delegandi re ipsa & effectu cum aliis eludit, dum eam clausulam restringit ad appellationem frivolam, & ea clausula non obstante, ex legitima causa appellari posse statuit. Etenim ita semper appellationi locus erit, quia nunquam deest cautio advocatis, per quam gravaminibus præsentis colorem addant, & appellationem justam esse defendant. Et cum aliàs quilibet judex superior appellationem quam frivolam deprehendit, reiicere debeat, non præsumitur princeps de eiusmodi appellatione, quæ jure communi inutilis est, excludenda cogitasse. Quinimò ideò potius credi debet hanc clausulam adiecisse, quod perspectam haberet industriam & fidem delegati, quem & ipsum simul principem appellans inconsiderantiæ arguere videtur. Quinimò non videtur minus operari ista clausula, quam renuntiatio partium, quæ juxta *th. præced. lit. A. & B.* pacto etiam in futurum appellationi renuntiare possunt: neque enim existmo hoc quoque pactum ad frivolam appellationem posse restringi. Et cum multis casibus cesset appellatio, per quam sæpe nudus iniquitatis color prætexitur, eo minus absurda ista sententia habenda erit. Ideoque levis obiectio est quam videtur movere Treut. quod rescriptum principis debeat intelligi salvo jure tertii: quoniam hic nulla iniustitia aut iniuria est, dum sine respectu actoris vel rei causa delegatur: neque iniuria est simpliciter, non posse appellare: cæteroquin ipso quoque principe judicante iniuriam pars victa prætendere posset. Accedit quod delegatus principis vice eius fungitur, qui propter occupationes & alias justas causas, negotium vice & loco suo expediendum alteri permisit. Quin imò ex ratione juris ab eo cui mandata jurisdictio est provocari posse non videtur, ubi provocare nō

licet à mandante, de quo dicetur *infr. th. 6. lit.* E. *&* F. Et hæc ita disputari possunt contra Tr. qui tamen rationem modò adductam *de jure tertii*, non ad istam quæstionē accōmodare videtur, sed ad hoc quod proximè antecedit, non obstante illa clausula tertiū pro suo interesse posse appellare: quod ita decisum est *in c. super eo d. ff deleg.* nec obscura ratio est, quod de eius jure princeps delegans non cogitavit: etenim alia quæstio est, an princeps in universum remota appellatione aliquē possit delegare. Sed quia ipse Tr. obiectionis, paulò antea propositæ, vim forte animadvertit, quod ita illa clausula nullius futura sit effectus: ideo addit in eo esse effectum istius clausulæ, ut non obstante appellatione sententia lata possit executioni mādari à delegato, usq; dum ei inhibeatur à superiori. Sed verendum est, ne hoc modo Tr. labatur in hanc opinionem quam modò defendimus: quoniā si licet judici delegato procedere ad executionem non obstante appellatione, sequitur quod hæc non fuerit rite interposita: quoniā aliàs appellatio legitima statim ligat manus judici, & efficit, ut omnia post ab eo gesta pro illicitis attentatis habeantur. Et offendisse hic Treut. arg. est, quod hoc tradit *ex Myns. 1. obs. 3.* quem paulò superius ex hoc ipso loco pro diss. citavit. Itaq; apparet appellationem tanquam contra formam delegationis non nisi de facto interpositam videri posse: quo tamen non obstante, princeps penes quem huius rei potestas est, clausulæ illi derogare, appellationem admittere, & inhibere delegato potest: velut ita supra diximus *th. præc lit.* F. in casu appellationis, quam confessus interposuit, à superiori ex causa inhiberi posse *c. Romana 3. § sin autem d. appell. in 6.*

An igitur par pari.] Cum dixisset procedere posse delegatum & exsequi sententiam, nisi inhibeatur à superiori; subiicit quæstionem, an par pari inhibere possit: quę ita concepta est, & coniuncta cum præmissis, ac si in his aliqua ad istam quæstionem esset ratio dubitandi. Quod contra est, tum quia agitur de delegato Principis, tum quia regulariter omnis delegatus qua talis, inferior est delegante: & utique cum agat de appellatione ad delegantem, jam supra docuit th. 1. ad parem appellari non posse: ut autem inhibitioni locus sit, appellationem rite factam esse oportet.

Et si delegatus.] Hoc quoque, quod delegatus ordinario inhibere possit, nullā rationem dubitandi facit, ad quæstionem jam dictique-

quoniam intelligitur delegatus principis, cuius vice cum judicet, necessum est in ea causa cessare judicum inferiorum potestatē, qui etiam ad illius jussum exequi tenentur: eoq; respectu delegatus hic dicitur maior quovis ordinario. Quod subiicit de inhibitione facta post interpositā appellationē ab uno consortū litis, pendet ab indivisibilitate & connexione negotii, (propter q̄. etiam unius appellatio & victoria alteri prodest) ita ut per attentata in causa consortum, etiam causa eius qui appellavit attentari intelligatur.

LIT. C.

Quam ordinariis.] Potius dicendum erat, tam ordinariis quam delegatis, quia illorum jus potius est. Apud Romanos constat excepto præfecto prætorio à cæteris magistratibus appellare potuisse ad principem: sub libera republica ad populum, etiam à consulibus: quoniam licet hi post dictatorem, qui extra ordinem ad tempus aliquando creabatur, summum magistratum gesserint, tamen infra populum fuerunt. In specie autem super provocatione ad populum latæ fuerunt leges Valeriæ, quarum mentio facta *supra th.* 1. *lit. A. & H.* & meminit etiam citatus à Tr. *Dion. Halic. non lib.* 10. sed *lib.* 5. Quæstionem hic adiectā de appellatione à subdelegato, reiicimus *ad th.* 6. *lit. E.*

LIT. D.

A principe tamen.] Quoniam ut ait Tr. maior in terris non reperitur: idque monere stultum esse ait *Vlp. in l.* 1. *à quib. appell.* Sed scil. satis est non esse maiorem in republ. licet aliàs respective maior sit: quomodo nec à quibuscunq; ducibus aut civitatibus superiorem non recognoscentibus appellare licet: quoniam quicunq; etiam aliàs vel maximus est, quoad aliam rempub. sine jurisdictione est: & talis etiam Papa ratione causarum temporaliū: de qua quęstione non est hic tractandi locus. Et ideo rectè Tr. in aliis quoque hoc statuit, sub angusto nimis exemplo regis Franciæ, & ducis Veneti: circa quem forte existimetur ratio dubitandi, quod subiectus videatur imperio Romano. Sed scil. defenditur hoc vel propter privilegium exemtionis, quod aliqui hic allegant, referente Tr. *supr. p.* 1. *disput.* 1. *th.* 6. *in f.* vel potius quia respublica Veneta semper libertatem suam conservavit: ideoque non tam de duce Veneto, qui minimè illius reipubl. princeps est, quam potius de ipsa republ. hoc erat affirmandum.

Nisi ad illorum relationem.] Duas limitationes proponit Treut. quibus à principe & aliis qui superiorem non recognoscunt, appelletur 1. si pronuntiaverint ad aliorum, inferiorum videlicet judicum relationem. Relatio fieri dicitur, ubi judex de jure dubius refert ad principem vel etiam præsidem, & eorum sententiam super causa controversa exquirit *l. 79. §. primo, d. iudic. Novell. 82. cap. ultim.* cuiusmodi relatio proponitur facta *in Nov. 115. in princ.* sed quia eiusmodi relationes moram inferebant litibus, à Justin. sublatæ videntur *Novell. 125. capite primo.* Cæterum facta relatione, Princeps non ipse judicare, sed judici, quid judicandum esset rescribere solebat. Quod si princeps extra ordinem citatis & auditis partibus ipse pronuntiasset, non dubitaverim falsum esse, quod Treut. hic statuit, appellellationi esse locum. Neque enim, quæ fortassis Tr. & aliorum quos ipse sequutus est, ratio fuit, Princeps considerari potest tanquam subiens personam magistratus referentis, à quo poterat appellari: sed censetur potius princeps, in quo consistit jurisdictio omnium magistratuum, & quo judicante & cognoscente omnes aliæ jurisdictiones quiescunt, causam ad se trahere, & ipse eam determinare voluisse: utpote qui liberrimè causam etiam cœptam à quocunque magistratu inferiori, ad sese avocare potest. Et hanc sententiam, quod, si facta relatione, ab Imp. ipso vel quibus hic causam examinandam & decidendam commisit, pronuntiatum fuerit, appellatio locum non habeat, probat *l. iubemus 34. inf. Cod. h tit.* ubi expressè dicitur, non licere partibus provocationem contra eam sententiam proferre : Ita enim transpositis leviter duobus verbis, ubi vulgo habetur, *contra provocationem*, legendum esse apparet. Quin imò amplius, si ipse judex juxta rescriptum principis, ad relationem factam respondentis pronuntiaverit, provocationi locum non esse, non obscurè probatur ex *l. ultim quando appellat.* Cui tamen posteriori assertioni obstare videtur quod Ulpian. respondit in *l. 1. § primo, hoc tit.* si judex juxta responsum principis quem consuluit, sententiam dederit, provocari posse. Sed dicendum est *argum. rubric. Cod. d. relat. itemque rubr. Cod. d. appellat. & consult.* aliud esse consultationem, aliud in specie dictam relationem: quæ ita facienda erat, ut refutatoriæ preces, & acta plena, ut nihil deesset, quod ad cognitionem causæ facere posset, ad principem mitterentur

rentur *l.* 1. *& ultim. Cod. d. relat.* quod in consultatione secus fuisse videtur, quæ ut est *in dict. l.* 1. *§. primo, hoc titul.* mendacem informationem continere potest: & argument. est, quod ubi judex constituit consultationem facere, non datur appellatio *dict. l.* 1. *§. secundo. hoc titul.* sed ubi referre vult, statim appellari potest, ut probatur *ex l. ultim. quand. appellat.* ex qua perspicuè confirmari videtur, quod ab ipsa sententia ad relationem lata appellari non possit: quoniam JCtus, quamobrem à decreto ut ita loquar, super facienda consultatione, appellari non possit, hanc reddit rationem, quod à sententia, ad consultationem lata, appellatio detur: & fac *l.* 1. *Cod. d. relat.* ubi prohibentur judices prolata sententia terrere partes ne appellent, quasi relatione ad principem missâ: ex quo colligitur, si verè ad relationem pronunciata sit sententia, appellari non posse. Plane ubi ipse princeps (quod Treut. proponit) ad relationem factam, causa cognita pronuntiaverit, nec dubitandum videtur, quin provocatio non habeat locum.

Item nisi appelletur.] Alteram hanc limitationem proponit, ut liceat appellare à principe malè informato ad melius informandum. Sed hæc sententia falsa & omninò insubtilis est, & ridiculum, ut ita nobis fingamus quasi aliam personam, ob qualitatem malæ informationis, quam quivis prætendere possit. Nec prorsus quidquam facit *l.* 1. *Cod. d. relationib.* nihil etiam *l.* 1. *§.* 1. *h. t.* quia aliud est pronuntiari à judice qui consuluit principem, qui judex nullo modo principis personam sustinet: (quamvis ad inhibendam appellationem non sufficiat personam quasi principis aliquo modo repræsentare, quod exemplo delegati principis apparet) aliud, ab ipso principe pronuntiari. Utique nulla appellatio ad eundem, sed omnis necessariò ad superiorem fieri debet. Nec ulli remedio hîc nisi supplicationis aut revisionis locus esse potest.

LIT. E.

Præfecto prætorio.] Ab hoc non licet appellare, sed supplicationi locus est *l. un. C. d. sent. præf. præt.* quod remedium retractationis appellat *Iustin. in N.* 82. *cap.* 12. unde explicanda *l. un. C. Ne lic in una ead. caus.*

Tales hodie sunt Electores.] Imò plus habent, quia nec supplicatio-

cationi ad Imp. vel Cameram contra eorum sententias locus est; contra quam obtinet in præfectis prætorio *dict. l. unic.* Cæterum non tantum Elector, sed alii etiam principes Saxoniæ hoc privilegium habere dicuntur. Electores ad Rhenum, quod ex aurea Bulla habebant beneficium, dum ex humanitate, ne iniuriam quis sibi illatam conqueri posset, appellationes ad Cameram admiserunt, perdiderunt.

LIT. F.

A senatu.] Hoc jus senatus habuit non autoritate propria, sed beneficio & connivenția quadam principum, (veluti etiam jus legis ferendæ (*l. 1 §. 1. à quib. appellar.*

Nec à proceribus palatii.] Quoniam hi constituunt auditorium principis *l. 37. C. h. t.* & hactenus admitti potest comparatio cum Camera, quod judicium ab Imp. & statibus imperii constitutum est.

Ex iure communi.] Supplicationis remedium & retractationis, ut appellatur *in Novell. 82 cap. 12.* introductum est jure nostro cõtra sententias præfectorum prætorio, de quibus nominatim loquitur *Novell. 119. cap. 5. authent. quæ supplicatio Cod. d. precib. Imp. offer.* quod remedium intra biennium proponi potest, neque moratur executionem: quod utique hodie secus est in revisione, quæ admittitur contra sententias Cameræ. Quæ de leuteratione proponit insuper habeo: est ea quædã species supplicationis, quia introducitur corã eodem judice. Alia plane est petitio declarationis sententiæ, quę cum leuteratione & aliis id genus remediis, parum aut nihil habet commune.

LIT G.

Non appellatur ab arbitris.] Ex sententia arbitri compromissarii, nec actio nascitur nec exceptio *l. 2. d recept. arbitr. l. 1. Cod eodem*, neq; sententia eius ullo modo consumit actionem pristinam, neq; impedit, quo minus ea coram judice ordinario proponatur: neque hic est, cum arbiter judex non sit, ad quem appelletur: sed scilicet metu pœnę stare coguntur partes sententię, quam pœnam si solvere velint, iterum agere licet: quod si tamen nimis evidens sit iniquitas sententiæ, actionem ex stipulatu datur exceptio doli *l. 32. §. 14. de recept. arbitr.* in quo quædam appellationis est similitudo *d. §. 14.*

Nec conceditur appellatio.] Ampliat Treut. quod dixerat, ut non ſit appellationi locus etiamſi ex ſententia arbitri naſcatur actio. Nimirum Juſtin. hâc actionem introduxit in caſu ſingulari, quo arbiter aditus eſt citra ſtipulationem pœnalem, & quo per decendii ſilentium ſententia arbitri approbata eſt *l.5.Cod.d.arbitr.* in quibus terminis videatur admittenda appellatio. Sed & hic ferè militant iam dictæ rationes, & cum ante decendium non ſit actio, poſt illud tempus appellatio ſera videtur, ut notatum ſupra *p. 1. diſp. 12. th.4 lit. B.*

Nec appellatur ab arbitramento.] Oſtendimus *dict. loc. theſ. 4. & 5.* nullum eſſe talem judicem, qui dicatur arbitrator, ſed adhiberi talem in contractibus conſtituendis, cuius iniquitas emendetur per officium judicis, ſubſerviens actioni ex contractu. Poſita autem Dd. ſententia, nulla tamen poteſt eſſe appellatio ab eo qui non eſt judex, ſed qui læſum ſe queritur, coram ordinario judice actione ſua, quæ per arbitramentum conſumta non eſt, utetur, & ſi de facto obiiciatur exceptio, replicatione iniquitatis utetur, etiamſi ut puto, infra dimidium læſus ſit: niſi forte juramento ad obſervationem laudi ſe obſtrinxerit: in quibus terminis receptior ſententia eſt, quod etiam maioribus contra juramentum propter enormiſſimam læſionem per reſtitutionem in integrum ſuccurratur.

De iure tamen Canon.] Rationes paulò ante adductæ faciunt, ut non ſatis intelligam, quo modo jure Canon. quod utique naturam arbitrorum non mutavit, ab horum ſententia appellari poſſit: neque hoc video probari à *gl. in c. quinta vallis. 23. d. iniur.*

LIT. H.

Neque ab executoribus.] Quia aliàs nullus eſſet litium finis, & ita effectu ſententia quæ tranſiit in rem iudicatam retractaretur, & effectu ab ea appellaretur: & abſurdum ſit, ut ab executione quæ fit iuxta ſententiam, à qua appellari non poteſt, concedatur appellatio. Ideoque hactenus appellatio non eſt, ſi executio conſiſtat intra limites ſententiæ, qui ſi excedantur, locus fit appellationi, quoniam quatenus exceditur, non poteſt dici executio ſententiæ: & huc pertinent textus *l. 4. in princ. h. t. l. 21. C. eod. l. 5. C. quorum appell. non recip.* ubi iis qui ſub prætextu exceſſus in

puncto executionis temerariè appellant, gravissima pœna pecuniaria irrogatur.

Nec à sententia de exequendo.] Eadem enim ratio hic quoq; impedire appellationem videtur, quia hæc sententia tendit ad executionem faciendam, & aliàs nullo negotio, jus illud, quo prohibetur appellatio, ab executione, eluderetur: quoniam ut rectè notat *Ioh. Andr. ad Speculat d. appell.* § *in quibus numer.* 6. aliàs lex esset imposita non rebus sed verbis. Et frustra ab Accurs. obiicitur generalis regula *ex l & in maioribus. C. h. titul.* quoniam hæc est exceptio à regula, *causa executionis*: & non nisi in verbis posita est distinctio Speculatoris *dict. loc.* quod si judex præcipiat V. C. rem pignori capi, non possit appellari, sed possit, si per sententiam hoc jusserit: quamvis salvari possit Specul. per particulam SIC, si judex pronunciet, sic esse exequendam sententiam: ubi videlicet de eius interpretatione controvertitur: etenim ab eo qui male interpretatur sententiam, appellari posse responsum est *in l. 4. §. 1. h. tit. adde notata sub seq lit. B.*

THESIS V.

LIT. A.

Regulariter in omnibus causis appellari potest etiam in minoribus *l. & in maioribus. Cod. h. tit. Novell 23. cap.* 1. minimas autem excipit *Marant. part. 6. d. appellat. limitat. 21. numer.* 315. quas nimirum in secunda vel tertia instantia agitari, operæ pretium non fuerit, cum & vulgo jactari soleat, à prætore rem minimam non curari: & facit aliquid *Novell. 13. cap. 3. authent. nisi breviores. Cod. d. sentent. ex peric.* ubi leves & viles causæ iubentur tractari sine scriptis: quod confirmatur ex collatione *Novell. 83. in princ.* adeoque commodè judici superiori acta edi non poterunt. Et tamen difficile est, recedere à regula sine textu, cum præsertim causarum minimarum & viliorum certa determinatio dari non possit, ut notat *Stichard. in l. 1. C. d. sentent. ex peric. numer.* 28 Dixerim ipso quidem jure appellationem subsistere, sed rectè facturum judicem superiorem, si cognita vilitate negotii appellationem non recipiat, sed causam ad inferiorem remittat: quamvis jus Can. simpliciter admittat hic appellationem *c. d. appell. 11. h. t.*

Nisi

Nisi summa.] Exceptio hæc liquida est, quia summa per se appellabilis, hoc modo fit respectivè non appellabilis.

Eaque summa per cumulationem coniungi.] Hoc quæri & tractari videtur: pone summam, quæ fundat jurisdictionem judicis sive in prima sive in secunda instantia, ita videlicet, ut infra eam cognoscere non possit, esse centum florenorum: actorem vel ab uno debitore ex tribus diversis causis, vel à tribus debitoribus petere tres diversas summas, quæ coniunctæ conficiant centum: quæritur, an fundata sit jurisdictio. Et mihi quidem contra *Mynsing. 5. observation.* 83. quem Treut. hic sequitur, negativa sententia vera videtur: quia diversæ sunt causæ petendi: quod quidem in hac quæstione omninò attendendum videtur, per illum ipsum textum quem male pro se citat Mynsing. *in l si idem.* 11. *d. iurisdict.* ubi, licet in casu inverso, deciditur, si apud judicem qui facultatem judicandi usque ad certam summam habet, ex diversis causis plures quantitates petantur, eas non cumulari: procul dubio, quia diversitas causarum & petitionum facit, ut ubi de fundanda jurisdictione agitur, singulæ etiam causæ, seorsim attendantur: & quod diverso tempore petitum, velut in hoc nostro casu, inhiberet cognitionem judicis, hoc propter accidens istud, quod eodem tempore cum alio debito petitur ex diversa causa, non potest fundare jurisdictionem. Valde autem insubtiliter, & fortassis absurdè quis dixerit in arbitrio judicis esse, ut pro fundanda jurisdictione diversas summas vel separet, velut in specie *d. l.* 11. *d. iurisdict.* vel coniungat.

Etiam post punctum devolutionis.] Devoluta dicitur appellatio, ubi à superiori recepta, & apud eum causam tractari cepta est: idque est quod ait *Geil. 1. obServat.* 123. *numer.* 2. etiamsi appellatus contestatus fuerit litem, imò etiam appellato non petente, hoc, quod summa non sit appellabilis, allegari, & à judice attendi posse: quoniam, qua ratione utitur Geil. hæc sit nullitas ex defectu jurisdictionis. Quod licet dubium recipere possit, cum jurisdictio fundata sit in causis maioribus: attamen confirmatur ex ordinatione Cameræ *par.* 2. *tit.* 28. §. **Und sonderlich** / ibi, **daß sie nicht sollen angenommen werden**: & fortassis status Imperii hoc ita constituerunt, ut omninò his causis Camera non implicaretur, & aliis litibus maioribus maturius expediendis sufficere posset.

In causis tamen iniuriarum.] Non videtur hæc esse exceptio, quoniam dicto loco Ordin. Camer. non admittitur in Camera actio iniuriarum civilis, nisi summa quam quis sibi adiudicari petit, attingat quantitatem taxatam: & proinde non video, quomodo verum esse possit quod scribit *Geil. d. observat.* 123. in causis iniuriarum, ubi agitur ad æstimationem, illius summæ appellabilis non haberi rationem. Istud saltem notari hic potest, quod quodammodo in potestate actoris est fundare jurisdictionem Cameræ, pluris & ultra eam summam æstimando iniuriam: quoniam hic attenditur, quid ab actore petitum, non quid forte ipsi fuerit adiudicatum.

LIT. B.

Lit. præced. fuit subiectum, *omnes causa*: sequitur hac lit. prædicatum, *admittunt appellationem*: idque hic ampliat Treutl. quod appellari possit etiam ab ea sententia, qua judex pronuntiavit, sententiam antè latam executioni esse mandandam. Qua in re contrarius sibi videtur *Tr. th. prac. in f.* ubi negat jure appellari à sententia de exequendo: siquidem eadem hæc quæstio est, quæ tractatur ab hic allegato *Fach. 1. contr.* 74. Et in genere distinguendum videtur, quod aut petita fuit executio super ea re, de qua nondum lata fuit sententia, veluti super instrumentis guarentigiatis, & si pronuntietur ea esse exequenda, appellari potest; aut super ea re, de qua jam sententia lata est, quæ quæstio hic proponitur: & aut exceditur modus, aut non exceditur modus: illo casu rectè appellatur *l. 5. Cod. quor. appellat. non recip.* sive in ipsa sententia excessus ille contineatur, sive ipse executor, (qui tamen casus extra quæstionem propositam videri possit) modum excedat, licet videatur dissentire *Cyn. in dict. l. 5.* Hoc casu appellare non licet, nisi per sententiam novum aliquod gravamen inferatur, veluti si objecta fuerit aliqua exceptio ex earum numero, quæ etiam post sententiam audiuntur, de quibus actum *supra disputatione 6 thes. penult. in f.* & judex ea non attenta sententiam exequendam esse pronuntiet: sive ex sententia Dd. in puncto executionis procedatur per officium judicis nobile, sive instituta actione judicati: ut tamen, quod Salicet notat *in dict l. 5.* inferatur appellationi causa, cæteroquin judex in executione procedere poterit. Et hoc casu, sive judex sententiam super exequendo ferat, sive simpliciter non

ter non attenta exceptione exequi jubeat, appellari poterit: secus si nec modus excedatur, nec quicquam executioni opponatur: quibus casibus utcunque sententiando judex procedat, appellatio inutilis erit: quæ ipsa sententia cum sit glossæ, ita eam explicantibus *Cyn. & Salic. & aliis in dict. l. 5. Cod. quor. appellat. non recip.* tanto minus à contradictione Treut. liberari posse videtur. Distinctionem autem Fachin. cit. loc. quam à Treut. approbari apparet, non satis capio, an de mero executore agatur, an de eo qui cognitionem quoque habet: quoniam decisio huius quæstionis non pendet à jure pronuntiantis, sed à jure partis, an aliquid obiicere possit, quo appellatio justificetur.

LIT. C. & D.

A sententia definitiva tantum.] Probatur hoc non *ex l. 23. §. 1. h. titul.* sed ex *l. apertißimi 16. Cod. d. iudic. & ex l. 21. C. d. appellat.* ibi, *intentionem iudiciumque terminante*, junctis iis quæ dicentur lit. E.

Etiam à mulcta.] Probat expressus textus *in l. 25. Cod. h. tit.* cui planè non obstat *l. 5. Cod. quando provoc. non est necesse*, quæ sententiam nullam esse dicit, si judex in mulctando terminos jurisdictionis suæ excedat: ex quo ineptè inferatur, non posse appellari à mulcta irrogata secundum modum iurisdictionis. Non obstat etiam, quod vulgo dicitur, contumacem non appellare: quoniam, ut notat Salic. *in dict. l. 25.* pertinet ista regula ad eos contumaces, qui legitimè citati propter contumaciam in non comparendo in causa principali condemnati sunt: sicut & supra notatum est *thes. 3. lit. E.* eos appellare posse qui circa aliquod caput speciale in processu contumaces fuernt *l. ultim. §. 1. h. tit.* etenim non potest gravamen illatum per mulctæ irrogationem reparari per definitivam. Alii tamen & inter eos *Govean. 1. var. lect. 46.* intelligunt appellari à multis, quæ ex causis delictorum principaliter indicuntur.

Eaque valida.] Nimirum ubi sententia nulla est, provocari quidem potest, sed provocare non est necesse: quoniam eiusmodi sententia etiam citra provocationem, in nullitate sua manet: atquin, ut vulgo Dd. tradunt, super nullitate etiam usque ad 30. annos agere licet. Quæ tamen assertio restringenda erit ad actiones quæ 30. annis durant: quoniam cum nullitas sen-

tentiæ facit, ut jus actoris maneat in priori statu, utique fieri non potest, ut propter commissam nullitatem actio producatur ultra tempus quo aliàs peritura fuisset. Potest tamen per appellationem simul introduci nullitas: ad quem casum interpositæ appellationis, referendum est quod Treutl. ait, super nullitate pronuntiari etiam parte non petente, nec lite contestata, ut notat *Mynsing. 1. observ. 20.* licet judex appellationis non attenta nullitate, coram judice inferiori commissa, ad vitandas ambages, super meritis causæ cognoscere & procedere possit: idque in Camera observari hic notat Tr.

LIT. E. F. & G.

Non autem ab interlocutoria.] Probatur hoc iisdem textibus, quibus à definitiva tantum, appellari posse ostenditur: & sunt in hanc rem textus *in l. ante. 7. Cod. quor. appell.* ubi *vulgo Dd. l. 2. Cod. d. episcop. audient. facit l. 6. §. 3. Cod. hoc titul.* & à contrario sensu *l. 2. d. appellat. recip.* quia exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Et apparet *ex dict. l. 2. Cod. d. episcop. aud.* quod etiam olim conati fuerint litigantes appellare ab interlocutoriis, sed quod illud legislatores improbaverint, non alia de causa, quam quod huiusmodi appellationes temerariæ viderentur, & utique non necessariæ, cum gravamen, si quod per eiusmodi sententias illatum esset, postea per definitivam sequutam tolleretur. Ex quo nascitur generalis limitatio, quod à sententia interlocutoria, continente gravamen non reparabile, possit appellari: sub quam omnes exceptiones referri, & variæ obiectiones per eam removeri posse videntur. Hinc enim fit, ut appellare liceat ab interlocutoria, quæ etiam per indirectum saltem attingit merita causæ principalis, & articulum aliquem eo pertinentem decidit: quoniam scilicet præiudicatur causæ principali, neque judex de eâdem re bis sententiam dicere solet aut potest, cum nec eiusmodi interlocutoriam, quæ vim definitivè sapit, & jus alteri parti tribuit, revocare possit, ut notatum supra *disputat. 23. thes. 1. lit. E.* Hinc etiam est, quod appellari potest à sententia dicta super ætate, cum peteretur restitutio *l. intra 39 d. minor* item quod potest appellari à mulcta *l. 25. Cod. hoc titul.* itemque huc refero decisionem & casum *l. ab arbitro 9. qui satisdat. cog.* quoniam hoc non reparatur per sententiam, quod arbiter constitutus idoneos

neos fideiussores esse pronuntiavit, siquidem postea deprehensis iis non idoneis, inanis esset sententia, quæ propter inopiam fideiussorum non sortiretur effectum. Et hoc est, quod post Dd. tradit *Salic. in l. 7. Cod. quor. appellat. numer.* 5. quod licita sit appellatio, ubi interlocutoria circa illud punctum, non expectat aliam definitivam, per quam gravamen illatum reparetur: quo etiam pertinet casus *l. 7. §. 2. inf. d. minor.* Atque ita ex contrariis causis, ab eodem tamen fonte defluentibus, licet appellare à sententia interlocutoria: si decidat aliquid quod pertinet ad merita causæ, & si decidat aliquid, quod à meritis causæ plane est separatum: quoniam in utroque casu, nulla est sententia sequens, per quam gravamen emendetur, ut propterea gravato beneficium appellationis jure denegari non possit. Huc etiam pertinet *l. 2. d. appellat. recip.* quoniam gravamen per torturam illatum, non reparatur: quamvis & ibi specialis ratio est, quod judex pronuntiavit contra leges. Atque sub hanc limitationem generalem referri potest limitatio Treut. lit. F. de interlocutoria quæ habet vim definitivæ, quam duplicem facit, si concernat merita causæ, & si finiat jurisdictionem pronuntiantis: cuius speciem facit sententiam absolutoriam ab instantia: quoniam scilicet nulla alia sequiter sententia: quamvis istud in his quidem terminis non satis rectè applicari videatur: quippe cum hæc sententia nec concernat merita causæ, & cum tantum absolvat ab instantia, exiguum videatur inferre gravamen: siquidem actor repetito libello coram eodem judice reum convenire potest, ut nec verum sit quod hic perimatur jurisdictio pronuntiantis. Ex quo etiam dubitare liceat non tantum de jam relata sententia & exceptione, quæ est communis Dd. teste *Marant. part. 6. d. sentent. numer.* 42. *Geil. 1. observat.* 130 *numer. 6.* sed & de illa porrò, quam probat Treut. cum Dd. & *Geil. d. observat.* 130. *numer. 9.* appellari posse à sententia, qua judex pronuntiavit se non esse competentem. Etenim gravamen hic verum non est cum habeat licentiam apud alium judicem experiendi, nec interesse sua actor dicere potest, quod ipsi coram hoc judice non liceat agere: neque apparet quæ hic iniquitas possit emendari à judice superiori, qui ipse utique subsistente appellatione de causa cognoscit, quæ nec hic per modum appellationis, sed simplicis querelæ introducatur: aut ap-

pellan-

pellanti, quod absurdum sit, cum ipso judice inferiori fuerit litigandum. Huc etiam refertur à *Marant. d. numer.* 141. sententia, qua appellatio deserta pronuntiatur: sed Treut. post *Geil 1. observ.* 138. hanc sententiam ait esse definitivam, & tum demum interlocutoriam, si ab interlocutoria fuerit appellatum. Sed non intelligo satis huius subtilitatis effectum: quoniam aut fuit simplex interlocutoria, & cum ab ea jure civili non appelletur, frustra quæritur, an appelletur ab ea sententia, qua appellatio ipso jure nulla, deserta pronuntietur: aut fuit interlocutoria habens vim definitivæ, & huius in hac quidem quæstione eadem ratio est quæ definitivæ veræ: quoniam non nisi ab assumta huius qualitate sententia ista redditur appellabilis: adeoque hic quoque sententia super desertione huiusmodi appellationis lata, habebit vim definitivę: siquidem juxta *Geil. dict. loc.* omnis huiusmodi sententia sequitur naturam sententiæ principalis, eiusque confirmatoria censetur. Qua de causa non intelligo differentiam propositam à Geil. quod ab interlocutoria sit appellandum in scriptis: siquidem ipse *Geil.* 1. *observat.* 130. *numer.* 5. expresse tradit, quod sententia interlocutoria quoad formam ab ea appellandi, eiusdem sit conditionis cum sententia definitiva, & in terminis, quod ab ea sine scriptis appellari possit: facit quod ipse *Geil. d. lib.* 1. *observ.* 129. jus civile in Camera observari, & ab interlocutoria simplici non admitti appellationem scribit.

Gravamen irreparabile.] Jam diximus hanc esse principalem limitationem, sub quam ceteræ pene omnes, & illa quoque quam Treut. cum aliis pro principali proponit, videlicet interlocutoriæ vim definitivæ habentis, referri possit: & huiusmodi etiam videtur recte statui sententia, qua judex se competentem pronuntiat: quoniam aufert privilegium fori, & aliquando in præjudicium totius ordinis tendere potest.

Hinc & à causis possessionis.] Admittit appellationem à sententiis in possessorio latis, quoniam contineant gravamen irreparabile. Atquin imò potest reparari in judicio petitorio, quod ex ordine juris finito possessorio inchoari & tractari solet, & hoc in sententia lata super possessorio reservari *l. unic. Cod. si de moment. possess. l. 2. inf. Cod. ubi in rem actio*: nisi gravamen esse dicas in ablato commodo possessionis, & ita imposito difficili onere probandi: &

di: & tamen hoc re vera irreparabile non est. Nisi etiam forte intelligit gravamen irreparabile, per sententiam eodem judicio ferendam, quoniam hæc judicia diversa sunt: ideoque rectius cum Treut. & iis: qui duplicem statuunt exceptionem, hoc, referatur sub priorem, quod sententia habeat vim definitivæ, postquam in eodem judicio alia non expectatur: neque enim quia judicium præparatorium est, cuiusmodi etiam est actio ad exhibendum, protinus quis negaverit facultatem appellandi: & ita Treut. *supra disputat.* 25. *thes.* 4. *lit.* E. sententiam latam in interdicto, uti possidetis, statuit esse definitivam. Et hoc tamen limitat Treut. ut appellatio in possessorio interposita, tantum operetur effectum devolutivum, non etiam suspensivum, ut tamen porrò hinc excipiat causam momenti. Qua in re, nisi forte aliud sentit, dupliciter offendere videtur. 1. quia in causa momenti hoc ipsum tradi videtur *in l. un. Cod d. moment. possess.* quod appellatio hic tantum operetur effectum devolutivum, cum ex sententia Tr. efficiatur, in ea causa appellationem prorsus locum non habere. Et hinc 2. quod vulgò distinguitur possessorium, in plenarium sive ordinarium, & summarium sive momentaneum & extraordinarium: in quo posteriori si iuxta *dict. l. unic.* admittitur appellatio quoad effectum devolutivum, sequitur quod in illo admittatur quoad effectum utrumque: idque convenit rationi juris, iuxta quam, nisi expressè ostendatur exceptio, omnis appellatio iudicatum suspendit. Sed ut obiter hic addam, quod sentio, existimo veram esse illorum opinionem, qui distinctionem modo relatam in ordinarium & extraordinarium, improbant, & unum tantum judicium possessorium agnoscunt. Et ita video à *Salic. Castr. & aliis in dict. l. unic.* eum textum in genere accipi de omni iudicio possessorio, & hoc pro summario tradi, quod in hoc judicii genere & à sententia super possessione lata non appelletur. Et non incommodè omnis causa possessionis, momentanea appellatur, respectu ad possessorium iudicium, quod totam causam decidit: eodemque intuitu potest dici per sententiam super possessorio non inferri gravamen irreparabile: quoniam jure nostro duo ista iudicia pro connexis habentur, ita ut finis unius sit principium alterius, & utrumque licet successivè, (quin imò iure Canon. & ex communi sententia etiam cumulativè, de quo alibi agitur) sit tra-

ctandum, coram eodem, ſeverè etiam prohibitâ utriusque cauſæ apud diverſos judices tractatione *l. nulli Cod. d. iudic. l. ordinarii 13. Cod d. rei vindic. l. 3. Cod. d. interd.* ut proinde rectiſſimè Caſtr. hoc ſummarium tradiderit ad *dict. l. unic. Cod. ſi de moment. poſſ.* à ſententia lata ſuper poſſeſſorio, non poteſt appellari, quia non affert perpetuum præiudicium cauſæ proprietatis, & gravamen quod affert, poteſt reparari per judicium proprietatis: ideò mittitur executioni ſalva cauſa proprietatis: *hactenus Caſtrenſis.* Et quamvis multa in contrarium diſputet *Bartol. in l. 2. d. appellat. recip. in quaeſt.* 1. & variè explicet *l. unic. Cod. ſi de momentanea poſſeſſione*, & eam cum quibusdam reſtringat ad eum caſum, quo tantum ad effectum ordinandi petitorii de poſſeſſione tractatur: itemque *numer.* 6. tenet eam reſtringere ad negatum appellationis effectum ſuſpenſivum: ego tamen juri noſtro convenientius ſtatui puto. 1. quod unicum tantum ſit poſſeſſorium. 2. quod à nullo poſſeſſorio poſſit appellari, qua in re quidam hoc etiam conſiderant, quod poſſeſſio modici ſit præiudicii. 3. quod appellatio ita nulla ſit, ut nec operetur effectum devolutivum: quem etiam intellectum Caſtrenſ. *ad dict. l. unic.* ait eſſe communiorem, & eundem ſequitur Salic. ibid. docens non hanc eſſe ſententiam *dict. l. unic.* quam plerique poſt Bartol. ſequuntur, quod ſententia quidem executioni mandetur, & tamen appellatio recipiatur: ſed quod omninò nulla ſit appellatio: pro qua opinione Salic. dupliciter inducit *dict. l. unic.* 1. quod ſententia dicatur ſortiri effectum, effectum autem ſortiri non ſit aliud, quam tranſire in rem iudicatam, ita ut plus de eius iuſtitia vel iniuſtitia cognoſci non poſſit. 2. quia *in dict. l. unic.* reſtituta poſſeſſione per quam ſententia ſortitur effectum, ſolum reſervatur victo quæſtio proprietatis. Accedit 3. quod, ut paulo ante dictum, hæc ordinaria & perpetua appellationis natura eſt, ut ſententiam ſuſpendat & penè extinguat *l. 1. in f. ad Turpill.* Nec quicquam movet, quod *in dict. l. unic.* fit mentio poſſeſſionis reformandæ: quoniam illa reformatio fit per primam in poſſeſſorio latam ſententiam, & ſequutam executionem: quam ita inſtitui vult conſtitutio, ut ſalvum maneat petitorium parti victæ. Plane recepta hodie diſtinctione poſſeſſorii in plenariam & ſummariam, & poſtquam in illo longo etiam tempore lis extrahitur, ut

cauſa

causa momentanea vix amplius queat appellari, admitti possit etiam hoc, quod appellatio in plenario possessorio utrumque effectum operari & ad utrumque debeat admitti.

Statuto autem.] Cum appellatio natura sua suspendat sententiam, tanto facilius admitti potest, quod speciatim statuto in causis possessoris admissa, hunc effectum secum trahat, quod præsertim aliàs statutum nihil videatur juxta receptiorem sententiam addere juri communi.

A sententia.] Ait Treut. quod à sententia, per quam hæres testamento scriptus, in bonorum possessionem mittitur nec ad devolutivum nec ad suspensivum effectum appellari possit. Intelligo hoc de immissione petita ex Edicto Hadriani, in cuius locum successit remedium *l ultim. Cod. d. Ed. Hadr. toll.* Et probatur istud expresso textu *in l. quisquis. Cod. quor. appellat. l. ultim. d. appellat. recip.* eamque opinionem communissimam esse testatur *Menoch. numer. 826. remed. 4. adipisc. poss.* sed eam declarandam esse putat, ut appellatio non valeat quoad effectum suspensivum, sed bene quoad devolutivum. Sed eam declarationem refutat *dict. l. quisquis Cod quor. appellat.* quæ absurdè & malè, tum appellantem, tum judicem qui appellationem recipit gravi satis pecuniaria pœna coerceret, si appellatio causam devolveret. Et hoc rectè etiam animadvertit *Fachin. 1. controvers. 76.* sed non satisfacit argumento Menoch. quod si appellatio devolvit causam, in possessorio momentaneo, utique etiam in hoc possessorio devolvere poterit: atquin prius plerique probant, & præ cæteris *Bartol. in l. 2. d. appellat. recip. in quæst. 1.* Et Fachin. consequentiam negat, & misero utitur refugio, quod hoc ita expresè in isto possessorio cautum sit: sed ex prædictis apparet, negandum esse assumtum, & ex jam dictis textibus *in l. quisquis. Cod. quor. appellat. & in l. ultim d. appellat. recip.* tanto magis confirmor, ut contra Bartol. & alios existimem, appellationem aut prorsus nullum, aut utrumque effectum, devolutionis & suspensionis operari.

Quid de causa alimentorum.] Speculator citato loco, *rubric. in quibus cas. appellat. poss numer. 10.* distinguit, an alimenta petantur officio judicis, an instituta actione ordinaria. Verum modus procedendi non videtur efficere debere, ut eo magis vel minus appellationi sit locus: & fortassis ex ratione juris actione ordi-

naria erit experiendum: & utcunque via executiva procedi possit, quod plerique ex causa legatorum admittunt, ut notatum *supra disputat.* 13. *thes.* 7. *lit.* C. ex justa tamen causa licebit appellare, siquidem in huiusmodi terminis, ut paulo superius probatum etiam à sententia, quæ super executione prioris lata est, appellari potest. Cæterum distinctionem inter effectum suspensivum & devolutivum, quam post Fachin. sequitur Treut. jam sæpe improbavimus, neque eam invenio apud *Iohan. Andr. in notis ad Speculat.* sed ille duas contrarias sententias refert: alteram quod nullo modo possit appellari, alteram quod omninò possit: quam ipse magis probat, & ego quoque veriorem esse non dubito: quod aliàs fieret iniuria reo, cum nullum aliud hic supersit & expectetur judicium. Quod si tamen qui alimenta petit, fame fortassis laboret, poterit ei judex interim ex bonis rei decernere alimenta, ut ibidem notat Johan. Andr. quo fortassis respexit Fachin. dum modò dictam distinctionem Johan. Andr. adscripsit. Hæc de alimentis futuris: sed præteritorum privilegiata causa non est, de quibus etiam sine prætore transigi potest *l.* 8. *Cod. d. transact.* itaque aut Tr. aut typographi error est, quod si de præteritis alimentis agatur, appellatio plane permissa non sit: & nimirum negatio tollenda erit.

LIT. H.

Iure Canon.] Tritum hoc & pervulgatum est, quod jure Canon. à quavis sententia etiam interlocutoria, & à quovis gravamine appellari possit: in quam rem textus est generalis *in cap. sup. eo.* 12 *hoc titul.* ubi Pontifex hac in re sacros Canones dissentientes statuit à legibus secularibus. Facit *capit.* 10. *d. r. stitut. spoliator.* ubi tamen est causa matrimonialis: item *capit. significavit.* 36. *d. testib.* ubi admittitur appellatio à sententia, per quam negata fuit quarta productio testium: quamvis ista sententia sit maximi præiudicii, & quæ præmorientibus testibus possit habere gravamen irreparabile. Posita autem hac sententia, quod jure Canon. à quavis interlocutoria rectè appelletur, verissimum esse oportet, quod addit Treut. judicem inferiorem teneri admittere huiusmodi appellationem: quoniam certissimi juris est, quod judex appellationi ritè & jure interpositæ deferre teneatur. Et tamen si judex inferior justam causam habeat, propter quam

appel-

appellationem frivolam esse putes, poterit etiam secundum jus Canon. ei non deferre, sed porro procedere, donec inhibeatur à superiori: quod probatur *ex capp. citatis à Fachin 1. controvers.* 80. *& ex d. cap. significarunt. 36. d. testib.* ubi dicitur appellationem admittendã esse à sententia, qua negata fuit quarta productio testium: nisi hoc negatum sit ob nimiam multitudinem testium coercendam. Cæterum *gl. in cap. de priori. 21. h. t.* non dissentit, quinimò expresse tradit, puniri judicem, qui non defert legitimæ appellationi.

THESIS VI.

LIT. A. & B.

De forma appellationis de qua hac thes. & seqq. tractatur, hoc jam supra thes. 1. tradidit, quod appellatio facienda sit ad superiorem gradatim, nõ omisso medio magistratu. Videtur autem circa istam quæstionem in eo offendere Treut. quod quæ propria sunt imperio Germanico, tanquam generalia, & cuivis reipubl. veteri etiam Romanorum Monarchię convenientia, & confusè, tractat & proponit. Nimirum status Imperii Germanici eiusmodi jus habent, ut appellationes omissis iis ad Cameram interpositæ, pro nullis sint, & nec volentibus Assessoribus recipi possint: alii verò principes & superiores, quib. subordinati magistratus, nil nisi simplices magistratus, & absolutè à principe dependentes sunt, appellationem, istis omissis ad sese interpositã, liberrimè recipere, sicut & quasvis causas ad se avocare possunt: quod jus veteres quoque Romanorum Impp. habuisse, nemini dubium esse potest: ut scilicet potuerint hoc facere, solitos enim non fuisse, sed causas ad magistratus inter medios remisisse, apparet *ex l. Imp. 21. h. t. l. 29. Cod. eodem.* Plane etiam in imperio nostro in casu denegatæ justitię, quã qui nõ administrat pro nullo habetur, Camera adiri potest: si modò perspicuè, & ut habet Ordinatio Cameræ, kündlich / justitia fuerit denegata, idque ita factum esse perspicuè probetur: eoque sentio cum *Geil. 1. observat.* 28. quem sequitur Treut. hic, ad hoc probandum non sufficere juramentum, contra quàm putat *Mynsing. 3. observat.* 58. quem de hoc casu denegatæ justitiæ alia quoque tractantem vide *1. observat. 91. & 2. observat. 24. & 74.* Addit au-

tem Treut. quod hoc casu non tantum via appellationis, sed etiam recursus & querelæ superior adiri possit. Ubi quid intelligat per *recursum*, ego non satis capio: sed querelam significare videtur aditionem judicis, tanquam proximi & immediati, quo modo Camera adiri dicitur per modum simplicis querelæ: siquidem ut notat *Geil. d. observ. 28. in princip.* magistratus denegans jurisdictionem, hoc ipso eam amittere censetur. Quo posito defendi potest cum Treutl. contra Geil. ibidem quod sive post litem contest. denegata sit justitia, quo casu Geil. necessariam putat appellationem, sive ante, per modum simplicis querelæ V. C. Camera adiri possit: quoniam ex hypothesi amissæ jurisdictionis quo ad illam causam, qui denegavit jurisdictionem, pro nullo habetur, & superior judex immediatus censetur. Et hinc etiam dependet, quod sequitur apud Treut. in casibus prohibitæ appellationis ad Cameram, V. C. propter privilegia statibus concessa, eam denegata justitia per modum simplicis querelæ posse adiri.

Valeret etiam.] Ait omisso medio valere appellationem, si judex inferior sua sponte causam ad superiorem remittat. Colligi hoc potest, ex Ordin. Cameræ *part. 2. titul. 29. in princip.* ibi, **wann der Unterrichter der sachen Richter nicht seyn könte oder wolte.** Sed fortassis tamen non cogitur Camera hic recipere appellationem, sed non obstante permissione inferioris judicis, causam ad hunc remittere poteris: quoniam hoc tantum ea permissio operari videtur, ut in secunda instantia Cameræ jurisdictio fundetur, non autem ut ab hac necessariò recipienda sit. Idque multo magis in Monarchiis puris obtinebit, in quibus procul dubio princeps causam ad inferiorem judicem liberam remittendi potestatem habet *l. 21. h. t.*

Iure Canon. omisso medio.] Hæc sententia, quod jure Canon. medio omisso ad Papam appelletur, non probatur *ex capit. Metropolitanum.* 45. *caus.* 2. *quæst.* 7. non etiam satis *ex capit. ad Romanam. caus.* 2. *quæst.* 6. sed hoc, quod omnes Episcopi, ex omnibus videlicet Christiani orbis provinciis, quod olim Cyprianus & alii admittere noluerunt, curiam & Ecclesiam Romanam appellare possit. Facit *cap. si duobus 7. & c. solicitudinem* 54. *h. t.* juxta quæ quicunque judex cognovit appellatum esse ad Ecclesiam Romanam. cognitionem inhibere tenetur. Nec quicquam hac in re absurdita-

ditatis esse videtur, postquam eo itum est, ut Papa Romanus omnium magistratuum Ecclesiasticorum supremus princeps & Monarcha credatur: siquidem aliàs tandem causa eò esset devolvenda, & ad lites abbreviandas aliquid conferre videatur, ut quamprimum supremus judex adeatur: & utique hunc honorem & reverentiam inferior magistratus superiori debet, ut ipso appellato causæ cognitionem interim suspendat. Neque hoc à ratione iuris civilis abhorrere videtur: & posito eiusmodi statu, quo inferiores nil nisi simplices magistratus sunt, sine ulla absurditate defenditur: sed in statu Imperii Germanici locum reperire non potest.

LIT. C. D. & E.

Quod de appellatione ad præfectum prætorio traditur, est *ex l. 29. & 32. Cod hoc titul* sed *l. 35. Cod. eodem*, inserta à Gothofred. *ex Cuiac. 12 observat. 3*: fidem authenticam non habet. Eodem pertinet quod lit. D. ad eundem appellandum tradit à præfecto Augustali: & lit. E. ad eundem à procuratore Cæsaris, citata *l. 26. Cod. hoc titul* ad quam quidem Salic. & alii itemq; Gothofred. notãt, quod à procuratore Cęsaris appelletur pręfectus prætorio, sed ex eo textu id non probatur: siquidem ea constitutio scripta est ad comitem rerum privatarum: & præfectum prætorio non ita solent alloqui Impp. ut dicant, *eius sinceritatem.*

A legato proconsulis.] Ab hoc proconsulem appellari docet *l. 2. quis & à quo appellat.* Cui obiicitur quod lit. F. tradit Treutl. *ex l. 1 §. 1. d. t.* quod ab eo cui mandata est iurisdictio, non mandans, qui ipse vicaria alterius opera cognoscere censetur, sed huius superior appelletur, legato autem proconsul mandat jurisdictionem *l. 4. §. ultim. d. offic. proconsi.* Amplius interpretes prisci, ex ignorantia juris Romani, dum inter judicem datum, & eum cui mandata est jurisdictio, distinguere nesciunt, alium sibi nodum nexuerunt *ex l. 1. in princip. & §. 1. quis & à quo appell.* Illic dicitur appellandum esse eum qui judicem dedit: hic verò eum qui mandante est superior. Et Bartol. *in dict. l. 1. §. ab eo*, cum post glos. varias distinctiones retulisset, tandem acquiescit in distinctione, inter simplicem mandatarium, & in specie dictum vicarium, qui simul quodammodo ordinarius est. Sed verissima distinctio est, quam forte à seipsis non intellectam glos. & Bartol.

propo-

proponunt, an quis mandaverit tantum causam cognoscendam, an ipsam iurisdictionem mandaverit: id est, an quæratur de judice dato, an de mandatorio jurisdictionis: ab hoc appellatur mandantis superior, ab illo qui judicem dedit: quam ipsam distinctionem satis innuit *dict. l. 1. iuncta l. 21. §. 1. hoc titul l. ultim. quis & à quo appellet*: idque velle videtur Tr. dum lit. E. & F inter delegatum & mandatarium jurisdictionis distinguit: quamvis vox delegati generalior sit, de quo mox dicemus. Sed huic quod de mandatario dicitur, qualis etiam legatus proconsulis est, obstat *dict. l. 2. quis & à quo appell.* Et Govean. 1. *var. lect. 46.* divinatoriè & durè restringit *dict. l. 2.* ad casum mulctæ dictæ à legato, pro defensione jurisdictionis suæ: à cuiusmodi sententia tanquam interlocutoria non appelletur, sed proconsul tantum per modum simplicis querelæ aditus de mulctæ iniquitate cognoscat: à qua sententia non alienus est *Scipio Gentil. lib. 3. d. iurisdict. cap. 10.* Alii, quorum etiam Bartol. meminit ita putant appellari posse ad proconsulem, iuxta *dict. l. 2.* ut tamen etiam appellari possit ad eius superiorem. Zoanett. *lib. sign restitut. cap. 9.* casum prorsus singularem fingit, quo V. C. præfectus urbis, cum mandasset aliquam causam, postea ipse eam terminavit: quo videlicet casu ex sententia JCti, quam ipse sibi imaginatur, non delegatus sed præfecti superior sit appellandus: adeoque verbum IPSE *in § 1. l. 1.* ibi, *non ipse provocabitur*, non ad mandantem, sed ad mandatarium referendum esse censet. Magis existimo, speciale esse in legato proconsulis, qui minimè simplex est mandatarius, neque meram vicariam operam præstat, sed & ipse est magistratus populi Romani, ut ex Pompon. Læto, Fenestella, Onuphrio & aliis constat: neque enim in libera potestate erat proconsulis mandare iurisdictionem legato, sed ei utpote quem populus Romanus adiunxerat, mandare necesse habebat. Atque hinc apparet, quod & ipsa verba ostendunt, *in l. 21. §. 1. h. t. & in l ultim. quis & à quo appel.* de judice pedaneo, non de mandatario iurisdictionis tractari: de quo eodem casu accipiendum est quod traditur *in l. 32. §. 3. Cod hoc tit.* ab iis, quibus per delegationem commissa causa est, appellandum esse ad eos, qui causam examinandam delegaverunt: ut videlicet ex ratione juris hoc de simplici cognitione delegata, non de mandata jurisdictione accipiatur. Quamvis posterioribus tempori-

poripus, ſublata iamdiu ratione judicis dandi, diſtinctio illa mandatarii iurisdictionis & iudicis dati, parum accuratè obſervata fuiſſe videatur, & ſimpliciter delegati appellati fuerint, qui cauſam aliquam expediendam ſuſceperant. Et inde ſimpliciter receptum videtur, ut à delegato, appelletur delegans, cum tamen & Dd, & Canones delegatum paſſim interpretentur mandatarium iurisdictionis. Ideoque non ſatis rectè Treut. *lit.* E. *&* F. delegatum & mandatarium opponit: cum præſertim quæ lit. E. ubi de delegato, ſubiicit, minimè iudici dato conveniant: veluti quod princeps appelletur à legato ſuo, ſub quo etiam præſes comprehendi ſolet: (niſi forte ſcribere voluit, à delegato) nec minus falſum eſt, quod procurator Cæſaris ſit ſimplex delegatus & iudex datus: cæterum Paulus qui non libr. 1. ſed 5. ſentent. inf. aliquid de appellationibus ſcripſit, fruſtra huc allegatur. Illud exemplum rectius ſe habet, de commiſſariis Cæſaris: ubi tamen non video quid hic faciat ad variandum jus, eos ad inſtantiam partium fuiſſe deputatos: & generaliter utique ſtatuendum eſt, quod à delegato appelletur delegans, quomodo & jure Canon. ſimpliciter conſtitutum eſt, ut à delegato Pontificis ipſe Pontifex appelletur.

A ſubdelegato.] Et præſupponendum igitur eſt, quod cauſa poſſit ſubdelegari: de quo actum *ſupra part.* 1. *diſputat.* 3. *theſ.* 2. Plane ex ratione juris mandatarius jurisdictionis judicem dare potuit, ſi ipſe mandans iudicem dandi ius habuit: ſed mandare iurisdictionem non potuit. Verum Dd. vulgo non diſtinguentes inter judicem datum & mandatarium, delegatum unicum agnoſcunt, eumque magis de mandatario iurisdictionis explicant: & porro cum mandatarium amplius mandare non poſſe iurisdictionem legant, ſubdelegationem fieri poſſe negant: ut tamen propter *l.* 5. *Cod. d. iudic.* quæ tamen de judice dato non mandatario loquitur, excipiant delegatum principis & Pontificis maximi, iuxta *cap. cum te.* 28. *cap.* 27. *& paßim de officio & poteſtate iudicis delegati* ut proinde Treut. non rectè ſimpliciter delegatum & ſubdelegatum proponat cum iſta facti ſpecies extra ſupremum principem conſtitui non poſſit. In quæſtione autem illa ibidem lit. E. à Tr. ſubiecta, an à ſubdelegato ad delegatum, an ad primum delegantem appelletur, diſtinctio à Treut. relata, ſatis expreſſè pre-

ponitur *in dict. cap.* 18. *d. cap.* 27. §. *porrò. hoc titul.* quod aut delegatus delegavit totam causam & omnia ad eam pertinentia, aut tantum eius partem, veluti examen testium aut etiam simplicem cognitionem, reservata sibi sententia: hoc casu ipse subdelegans, illo verò primus delegans est appellandus: ut hic quoque oporteat esse errorem typographicum apud Treut. iis verbis, *si cum reservatione aliqua subdelegaverit, tum appellabitur ad delegantem*: quin imò hic ad delegatum: & contra si sine reservatione, ad delegantem primum: & ita verba *sine* & *cum* apud Treut. transponenda erunt. Et hanc distinctionem Bart. *in l. 1. quis & à quo*, agnoscit esse juris Canon. sed jure civili, non tam in quæstione subdelegationis factæ, quàm in ea, an ipse delegans provocetur, an eius superior, distinguit tum inter simplicem delegatum & vicarium in specie dictum, tum inter delegatum principis & alterius magistratus: non quod existimet, ab hoc delegatum posse subdelegare: sed quod à delegato principis ipse princeps, sed à delegato inferioris, delegantis superior appelletur: in quibus terminis delegationis factæ ab ordinario, cessat distinctio, an delegaverit cum vel sine reservatione: quoniam penes ordinarium iurisdictio semper manet, cuius tantum vice cognoscit delegatus, à quo ordinarius revocare & avocare potest iurisdictionem. Itaq; fortassis post confusum judicem datum cum mandatario jurisdictionis, non necessum est distinguere cum *Fach. l. controv.* 78. inter judicem datum à principe & eum cui princeps mandavit iurisdictionem: hactenus scilicet, ubi ipse à principe cóstitutus iudicavit, ut hoc casu ad principem appelletur: sed fortassis cum eodem Fach. in casu quo constitutus à principe negotium sibi commissum subdelegavit, inter jus civile & Canon. erit distinguendum: ut nimirum hoc iure intersit, an subdelegatio facta sit cum vel sine aliqua reservatione, iuxta textus paulo superius, & alios à Fachin. *d. cap.* 78. citatos: iure autem civili simpliciter appelletur ad subdelegantem etiamsi totam causam subdelegaverit, cum præsertim iure civili ab interlocutoriis sententiis non appelletur: idque probat textus *in l. unic. in f. Cod. qui pro sua iurisdict.* ibi, *appellationum ad eos iure iudicia remeabunt*: frustra enim sunt, qui pro verbis, *ad eos*, putant legi posse, *ad nos*: facit *l.* 32. §. 3. *Cod. hoc titul.* ubi simpliciter dicitur appellandum esse ad delegantem. Cum autem Treut. *thes.* 4.

lit. C.

lit. C. in hac ipsa quæstione Fachin. probet & eius distinctionem ab elegantia commendet, non rectè hic simpliciter distinctionem juris Canon. defendit.

THESIS VII.

LIT. A. B. C. & D.

Constat appellationem fieri posse viva voce, in continenti, unico verbo, *appello*, nulla etiam addita appellationis causâ *l. 2. h. t.* quod ita factum esse, ut scribatur in actis, utile erit, nusquam enim hoc de necessitate requiritur. Quod circa introducendam appellationem idem observari ait, valde dissimile videtur: quoniam non hæc est sententia *Myns.* 1. *obs.* 83. quasi sufficiat dicere, *introduco appellationem*: sed quod sufficiat introduxisse appellationem intra tempus legitimum, ut ne ea pro deserta habeatur, utcunq; non simul documentum interpositæ appellationis producatur, sed ad illud producendum oblatio fiat. Et hoc modo appellari ait Tr. *apud acta d. l. 2. h. t.* sed ea in re suavem homonymię fallaciam committit, dum in exegesi lit. B. subiicit hæc verba, *qua appellatus pro parte dimidia redimere cogitur*: quoniam cum appellationē apud acta fieri dicimus, ridiculum sit intelligere scripturas, quæ à partibus redimuntur.

Eius iudicis qui pronuntiavit] Cuius videlicet sententia impugnatur. Addit Tr. quod de consuetudine etiam coram notario & testibus appelletur: quod nullo modo probatur *ex l. 7. h. t.* quæ loquitur de impedito appellare per violentiam judicis. Subiicit mox Tr. cuius si copia haberi nequeat, tunc coram judice ad quem interponetur. Et hoc rectè non per citata cap. sed per *l. 1. § si quis* 10. *quando appell. nd.* & quidem tum demum rectè, si verbum, *cuius* non ad notarium, quo tamen illud referre videtur Tr. sed ad judicem à quo, referatur: ita enim responsum est *in d.* §. 10. quod si non possit haberi copia judicis qui judicavit, adeundus sit superior. Ideoq; *in d.* §. 10. verba, *quem appellavit*, significant, quem appellaturus erat, (agitur enim ibi de tempore intra quod appellandum est) sicut & paulò superius *in d. l.* 1. §. *d. es*, 7. appellator vocatur qui appellatus est.

Quod si ob violentiam.] Ait eum, qui ob violentiam judicis appellare non audet, desuper in conspectu notarii protestari debere.

Atquin si consuetudine appellatio ordinariè coram Notario fieri potest, ut eadem sit. C. ait Treut. nihil opus erit illa contestatione. Sed fortassis Tr. hoc proposuit ex jure civili, quo in hunc casum opus est publica contestatione aut libellis publicè propositis, cum adiectis appellationis causis *l. 7. h. tit. l. 2. Cod. de his qui per met.* Notarius autem cum persona publica sit, contestatio coram eo facta pro publica habebitur: jure autem Canon. sufficit, protestationem in præsentia virorum bonorum factam esse *cap. ultim. hoc titul.*

Viva voce.] Omnem appellationem quæ fit in continenti, viva voce interponi debere ait: sed *l. 2. h. tit.* ita fieri posse docet, sed ita fieri non debere docet: nec quisquam opinor, dubitaverit, quin rectè per libellos in continenti appellatio interponi possit: cum præsertim Tr. in pr. lit. A. dicat, apud acta & in continenti factam censeri appellationem, quamdiu judex pro tribunali sedet.

LIT. E.

Vel ex intervallo in scriptis.] Regulare fuisse videtur, ut libelli appellatorii exhiberentur, quorum passim in ista materia mentio, *l 6. § penult. l. si quis 28. Cod. h. t. l. 1. § 3. & l 3. h. t. l 1. § dies 7 cum seqq. quando appelland.* Postquam autem receptum fuit, ut etiam viva voce appellaretur, existimari possit, etiam post latam sententiam, altero vel tertio die ita appellari potuisse.

Coram Notario sine insinuatione.] Id est ut non necessum sit appellationem insinuari intra legitimum tempus decem dierum, imò plane non insinuari judici à quo juxta *ordinat. Cameræ part. 2. tit. 29. §.* Item so soll 2c ut tamen hoc casu, quæ judex inferior, antequam ei inhiberetur, fecit, pro attentatis non habeantur, neque pro talibus revocentur, ut notat *Mynsing. 4. observ. 44.* & expressum est d. loc. Ordin. Addit autem Treut. tanquam pro limitatione, *etsi appellatio insinuanda sit*: quæ verba vel significant insinuandam esse judici à quo, & implicatur contradictio: aut judici ad quem & nulla est dubitatio: & haud scio an Tr. jus consuetudinarium, statutarium vel novissimum, cum jure civili confuderit.

LIT. F. & G.

Ait Treut. in thes. *ab interlocutoria vel extra judicium in scriptis,*

expressa

expressis gravaminibus instituenda est. Ubi particula, *vel*, arguit defectum alterius membri: nisi forte legendum est, *ab interlocutoria verò.* Cæterum quæ proponit, nisi latet fallacia homonymiæ, non videntur omnia esse essentialia, siquidem *in capit.* 1 *d. appellat. in 6.* proponitur ab interlocutoria appellatio in judicio interposita. Plane hæc quæstio tractanda videtur ex jure Canon. quod à quavis interlocutoria admittit appellationem: nam jure civili aut simplex est interlocutoria, & appellari non potest: aut habet vim definitivæ, & perinde ut à definitiva appellatur, quod expressè scribit *Geil* 1. *observ.* 130.

Si porro viva voce.] Hæc quæstio non propria appellationi ab interlocutoria, de qua hac lit. agitur, sed cuivis appellationi communis est. Ita autem ait Treut. Si viva voce appellatum sit, reservata potestate appellandi in scriptis & deinde appelletur in scriptis, primæ appellationi standum puto, si modò valida ea & firma fuerit. Rectius hæc quæstio & generalius de appellatione sæpius facta concipitur. Sed & Treut. duplicem quæstionem confundit. 1. si quis cum semel simpliciter appellasset, postea iterum appellet. 2. Si priori appellationi quis protestationem & reservationem de iterum appellando inseruerit: quas quæstiones rectè distinctim proponit *Bartol. in l. cum procurator* §. *si dominus. numer.* 3. & 4. *d. novi oper. nunt.* Præsupponendum autem est, utramque appellationem ritè & legitimè interpositam fuisse, cæteroquin frustra quæratur de prosecutione eius, quæ ipso jure inutilis sit & nulla. Et quod ad primam quæstionem attinet Bartol. cit. loc. censet, quod appellans priori tantum appellationi possit adhærere: hac ratione, quod per eam suspensa jam & rescissa sit sententia, itaque appellatio posterior, non reperiat in & contra quod operetur: quam opinionem communiorem esse testatur *Mynsing.* 1. *observat* 7. adeoque à Treut. non dissentit, sed tantum aliam opinionem in Camera receptam esse dicit, quod videlicet in arbitrio sit appellantis, utram appellationem prosequi malit. Quæ sententia & mihi magis arridet, quoniam & ex libero arbitrio utraque appellatio interposita fuit. Neque valde urget ratio Bartol. quoniam appellatio reverà non rescindit nec suspendit sententiam, nisi quatenus consideratur ut introducta apud judicem superiorem, & adeò quatenus appellans eam persequitur: fa-

cit quod appellanti licerè licet omittere appellationem *l. si quis* 28. *C.h.t.* itemque quod Salicet. contra Bart. notat *in d. l. si quis num.* 4. quod cum 10. dies dati sint ad plenissimam deliberationem, posterior appellatio magis forte deliberato proposita, plus etiam quã prima debeat operari. Posterior quæstio sub distingui potest, quod aut juxta reservationem factam sequuta est altera appellatio, aut non est sequuta: itidemque quod aut errore quodam juris adiecit quis protestationem, dum forte priorem invalidam aut insufficientem esse putat: aut aliàs dum licet superflue, iterum tamen appellare in animo haberet. Et interveniente errore circa protestationem, posteriorem tantum pro valida habendam crediderim: cæteroquin idem obtinere, quod in priori quæstione, ut liceat alterutram persequi: licet Bartol. cit. loc. num. 4. non improbaliter hanc interpretationem sumi posse existimet: vel ut prior sub conditione interposita censeatur, *si non iterum appellavero*, & ita posterior tantum pro valida habeatur: vel ut per relationem una tantum appellatio censeatur, quod præsertim juxta terminos à Treut. positos videatur priorem appellationem in scriptis proponere voluisse. Quod si autem juxta reservationem iterum non appellaverit, nihilominus prima valere debet, nisi forte primam errore juris invalidam esse existimaverit. Effectus autem huius quæstionis esse videtur ut de tempore petendi Apostolos vel introducendi appellationem, rectius statui possit.

THESIS VIII. & Ultima.

LIT. A. B. & C.

Decendiu in omni obser-vãd appellatione.

Omnis appellatio ex jure civili & Can. à sententia sive definitiva sive interlocutoria, & quocunq; gravamine, hodie, (cum olim pro diversitate causæ propriæ vel alienæ biduum & triduum esset) intra decendium est interponenda: quæ his literis in genere proponit Tr. Et dicitur hoc fatale interponendæ appellationis, idque regulariter continuum, & hoc omnimodo ratione decursus, ut etiam includantur dies feriati, sed ratione initii aliquando utile, ut videl. non currat ignoranti, veluti si contra eum, qui citra contumaciam absens fuit, sententia lata proponatur: hic enim decem illi dies à tempore demum scientiæ currere incipiunt *l. 1. §. ult. quand. appell.*

appell l. 3. C. quom. & quando iud. l. 4. C. d. liber. cauſ. Et ita hoc tempus continuum eſt, ut iuxta *Nov. 23. cap.* 1. currat & computetur à die ſententiæ à momento ad momentum & ab ipſa hora qua ſententia lata eſt usque ad eandem horam diei decimæ: quo modo accipiendum eſt quod Treut. probat, undecima die poſſe appellari, videlicet ſimul computato die quo ſententia lata eſt: veluti ſi lata ſit primo die Januar. hora 4. poterit 11. die Januar. ante horam 4. rectè appellari: quomodo adhuc intra decendium appellatio interponitur. Cæterum an dies termini computetur in termino, dictum eſt ſupra *p. 1. diſp. 4. th. 3. lit. F.* & utcunque alibi diverſum forte obtineat, tamen hic, ita ut diximus, decendium computari, oſtendit *d. N. 23.* & communiter notant Dd. *in auth. hodie C. h. t.*

LIT. D.

Quin & pauperi hoc tempus currit.] Niſi inſcriptis & adhibitis ſumtibus, quibus pauper non ſufficeret, appellatio facienda eſſet. Quod ego tamen cum *Geil. 1. obſ. 142 n 5.* admiſerim, dũ modo intra decendium paupertatem apud judicem allegaverit, & hoc iis caſibus, quibus ſine ſcripto appellari non poteſt, & ſtante conſuetudine, ut coram Notario & teſtibus appelletur: cæteroquin jure civili ſimplicis libelli appellatorii exhibitio ſufficit. Ait autem Treut. tempus hoc currere pauperi, quo caſu appellandum eſſet viva voce. Hocquidem ambiguè dici videtur, quoniam appellari poteſt viva voce, ſed ita appellandum non eſt, id eſt, ut ita appelletur, neceſſe non eſt. Et ſi pauper in continenti ſtatim non appellaverit, dum plenius ſibi deliberandum putat: ſi poſtea appellatio ſine ſumtibus interponi nequeat, ei non dubitaverim ſuccurrendum, utiq; per reſtitutionem, ſi non ipſo iure: quod poſterius fortaſſis, quod ipſo jure pauperi tempora currant, rectius ſtatuemus cum Jaſon. quem citat *Geil. d. loc. n.* 4. Altera limitatio Tr. niſi culpa ſua pauper ſit, repudianda videtur: quoniam hoc ſolum conſideramus hic, quod pauper eſt, & culpa diverſa eſt & ſeparata plane ab hoc effectu de quo diſputamus, quod alias etiam pœna egreſſura ſit modum culpæ.

Et hoc decendium] Negat hoc tempus interponẽdi appellationem, poſſe prorogari cõſenſu partiũ vel à judice. De hoc ordinatio Cameræ eſt, & ratio ſuadet, ne ius alteri quæſitũ per iniuriã iudicis aufe-

auferatur. De consensu partium idem affirmat *Mynsing. 2. obs. 68.* & commune testatur *Marant. d. appellat. n.* 230. Sed dubium facit *l. ult. §. ult. Cod d. tempor. appellat.* ubi dicitur inter partes conveniri posse ne ullum fatale observetur. Quod quidem non ad arctationem tantum, sed etiam ad prorogationem pertinere duplici argumento confirmatur. 1. quia conveniri potest, ne fatale observetur: quod significat ut etiam ultra terminos legis liceat prorogare, quoniam ubi contrahitur illud tempus, vel maximè fatale observatur. 2. quod Imperator ait ita se velle moderari rigorem juris. Atquin rigor est in præciso observando tempore, neque in arctando, sed in prorogando mitigatio considerari potest: neque hoc commodè ad cætera fatalia restringetur: vel quia, cum, ut Tr. ait lit. H. nullum sit jure civili definitum fatale introducendi, absurdè explicabitur *d l ult. §. ult.* de una tantum specie fatalium, & utique istud decendium fatale etiam est: (quamvis in persequenda appellatione possint plura fatalia considerari *arg. l. 2. C. d. temp. appell.* (vel quia cum in *eod. §. ult l. ult.* prorsus renuntiari posse dicatur interpositioni appellationis, etiam quod mox additur de non observandis fatalibus, ad istam quoque speciem fatalium pertinere videtur. Neque adeo absurda fortassis hæc sit sententia, si usque ad certum terminum, antequam sententia ferretur, vel post eam currente adhuc decendio prorogationem factam proponas: etenim post & ubi sententia transiit in rem iudicatam frustra fiat prorogatio: veluti in simili distinguit *Salic. in l. ult. C. d. tempor. appell. per clem. pen d. appel.*

De gravamine successivo an ab eo valeat appellatio.

In gravamine successivo.] Quod hic non currat decendium, ex Dd. tradunt *Geil. 1. observ. 139. n. 12. & seqq. Marant. p. 6. d. appell. n.* 205. eiusque rei duo exempla afferri solent, alterum citationis ad locum non tutum, alterum incarcerationis. Illud probant ex *cap. ex parte. 47 h. t.* sed cum ibi proponatur toties appellari posse, quoties quis citatur, non tam gravamen successivum, quam sæpius iteratum esse videtur: adeoque ex sententia Pontificis non sufficit semel appellatum esse, sed ad singulos actus citationis, appellationem quoque iterare oportet. Hoc admitti fortassis possit, si quis per violentiam in carcerem coniectus sit: cæteroquin si quis jure, & quibus casibus carcer loco pœnæ esse potest, ita condemnetur, statim initio & intra decem dies appellationem necessariam esse dixe-

dixerim: & isto casu falsum, quod citato loco à Geil. traditur, etiam post mensem appellari posse, & semper quem intelligi de præsenti gravari: quin imò incarceratio executionis loco est: & possit aliàs etiam quæ alia sententia, V. C. de immissione in bona, dici habere gravamen successivum. Et facit quod Marant. d. loc. statim appellandum censet, si pronuntietur quem iustè carceratum, vel carcerandum: semper autem pro sententia judicis præsumitur.

LIT. E. F. & G.

Apostolos.] Maranta *num.* 215. hoc verbum deducit ab ἀπὸ & στολὴ, quod ipse missionem interpretatur, quasi apostoli sint literæ ad superiorem missæ: atquin στολὴ Græcis amictum significat. Hodie repertus est quidam multis etiam in publicum editis scriptis non obscurus nomine, qui forte, cum intelligeret, verbum ἀπὸ, non significare supra, apostolos deduxit, ab ἐπὶ id est supra, & monstroso verbo στολῶν, hoc ipso addito, quod sint literæ ad superiorem missæ: sed istam imperitiam pueri etiam hodie castigabunt. Ridiculi quoque sunt Dd. Cyn. *in l. præses* 5. *C. h. t. Salic. in l.* 6. *§ ult. C. eod.* & alii ibid. scribentes apostolos inde appellatos, quod mittantur à judicibus inferioribus ad superiores in varias provincias, sicut apostoli Christi in varias terras fuerint dimissi: & hinc plus quam ridicula obiectio *Salicet. in d. l.* 5. *Cod. h. t.* quod apostoli sint beati, & non in nostra potestate: & suavis eiusdem responsio, quod hic alii apostoli intelligantur.

Intra 30. *dies.*] Olim intra quintum diem: si rectè se habet sententia *Pauli lib.* 5. *tit.* 34. *in princ.* triginta autem illi dies sunt ex *l. iudicibus* 24. *C. h. t.* Controversiam hic cum aliis movet *Mynsing.* 4. *obs.* 36. an hi dies currant à tempore latæ sententiæ, an interpositæ appellationis. Prius probant *Cyn. Salic. & alii in d. l.* 6. *§ ult & seq. auth. hodie C. h. t.* ubi videlicet contra præsentem sententia lata fuit: cæteroquin si contra absentem, currere à die scientiæ: quoniã rationis est, ut verissimè Cyn. docet, ut quæ distinctio adhibetur circa tempus decendii, quod hoc casu à die scientiæ currit, eadem adhibeatur circa tempus petendi apostolos: idque est quod Cyn. ait, currere hoc tempus à die appellationis interponendæ, id est, ex quo quis appellare potuit & debuit, & sententiam contra se latam esse scivit: quia exinde incipit esse in mora. Aliam controversiam movet Salicet. quod cum judex *ex l.* 6. *§. ult. & l.* 24. *C. h. t.*

Nov.134.c.3.inf. apostolos dare iubeatur, &, si non det, puniatur, an illi quoque à tempore latæ sententiæ 30. illi dies currant. Et rationis esse videbatur, ut judici computarentur demum à tempore appellationis interpositæ, quippe quod judex antea scire non potuit, an victus appellaturus esset, nec ne? Et sicut currunt parti victæ ubi appellare potuit, & si voluit, debuit: ita currere videntur debere judici, ubi apostolos dare debuit, & dandos esse scivit: quod demum fit, interposita appellatione. Sed tamen *in d. l.24. C. h. t.* isti dies à die latæ sententiæ judici præfiguntur: & ista ita explicanda & quasi coniungenda censet Salicet. *in d. l.6. §. ult. C. h. t.* quod tempus petendorum & reddẽdorum apostolorum, quo ad cursum sit uniforme in persona utriusque, sed non uniforme, quoad imputandam culpam: statim enim imputetur culpa appellaturo, sed judici demum post interpositam appellationem: & ex tunc residuum temporis uniformiter currat utrique, & pariter in utroq; finiatur: *hactenus Salicet.* Et licet tempus interponendæ hodie sit productius, quod tamen superest usq; ad 30. dies, judici ad edendos apostolos sufficere potest.

An quis petere cogatur

8 *Petere appellans cogitur.*] Quod hoc facere teneatur, ostenditur *ex l. un. d. libell. dimissor.* ubi dicitur sufficere, si quis petat apostolos instanter & sæpius, & ut hoc ipsum contestetur: & hoc postulare rigorem juris, ut apostoli sæpius & diversis vicibus petendi sint, ait *Pontifex Clem. 2. d. appell.* Sed obiicitur *l. 6. §. ultim. Cod. hoc titul.* ubi iubetur judex apostolos dare parti etiam non petenti. Et apparet hoc à glos. pro vero contrario habitum non fuisse: quoniam adiicit ibi, necesse tamen esse, ut à parte instanter petantur: quæ aliàs inter se non videantur convenire. Sed nimirum officium judicis Imperatores esse voluerunt, statim deferre appellationi, & oblatione apostolorum etiam partẽ prævenire, idq; eum sub cõminatione etiã pœnę facere voluerũt, ut cõmuniter statuunt *Dd. in l.24. C. h. t.* (quàvis ille textus magis de actis & gestis mutilate editis loqui videatur:) & tamen si judex in officio faciendo cesset, partẽ ipsam apostolos petere oportebit, nisi appellationẽ ꝑ desertam haberi velit: quoniam nihil ad adversarium, quod judex officium suum non fecit, neq; hoc sufficere poterit ad excusandam partem appellantem, in cuius potestate fuit apostolos petere: & ut ait *Castrens. d. l. 6. §. ultim. h. t.* maior est negligentia partis non petentis, quàm

quàm judicis non offerentis: licet Castr. ibi inter casum quo judex detulit appellationi, & quo non detulit, distinguere videatur: cæterum *Cuiac. ad paul. 5. sentent. 34.* existimare videtur quod *Impp. in d. l. 6. §. ult* aliquid novi constituerint.

Olim apostoli sub cautione.] Cautionem *in d. l. 6. § ult.* intelligit Gothofred. supra certa pecuniæ summa præstanda, nisi justè fuerit appellatum: post *Cuiac. ad Paul. 5. sentent. 33.* sed repugnant verba, *d. § ult pro exercenda provocatione.* Et de huiusmodi cautione, quæ interponitur super prosequenda causa, communissimè Dd. accipiunt *d. § ult* ideoq; obiiciunt *aut generaliter C. d. episcop. & cleric. ex Nov. 112.* juxta quam tenetur actor cavere de persequenda lite. Et sunt qui distinguant inter judicem à quo & judicem ad quem: nó apud illum sed apud hunc cautionem illam esse prętandam. Sed rectius gl. probata à Cyn. & Salicet. aliud esse statuit in causa principali quæ tractatur in prima instantia, aliud in causa appellationis. Illic interest rei ita caveri ne vexetur & distrahatur sumtibus & expensis, quia peremta instantia non perit jus actoris: hic autem nihil interest alterius, qui pro se habet sententiam, quę transit in rem judicatam si alter non prosequatur debito modo appellationem. Olim sub cautione dab...

Si judex dare nolit.] Si petens desuper contestationem interponat, ei non nocebit, apostolos à judice fuisse negatos, *l. unic. in f. d. libr. dimiss.* sed quomodo non noceat, aliquantulum controvertitur. Et communis magis videtur & recepta Dd. sententia *in d. l. un. & in l. si appellationem 31. Cod. hoc tit.* ut apostoli pro concessis habeantur, & rectè adeò apud superiorem appellatio introduci possit. Sed *gl. in d. l un. de libellis dimissoriis* maius ex ea causa indulgeri tempus putat, eoque refert *d. l. 31. C. h. t.* sed ibi *in d. l. 31.* eum locum explicat de speciali actione competente intra certum tempus contra magistratum, qui non detulit appellationi nec apostolos dedit: quod & ibid. probat Salic. Si judex dare nolit Apostolos

LIT. H. & I.

Præsentanda sive introducenda.] Huic rei triginta dies vel sex menses quosdam præfinitum existimasse, refert *gl. l. præses 5. C h. t.* sed Tr. jure civili nullũ fatale introducendæ definitum esse putat: quam sententiam jam olim probaverunt veteres *in d. l. 5. & ibi Salic.* hanc reddit rationem, quod lex quæ ignorabat distantiam loci ad quem appellaturus quis esset, non potuerit certum præscribere

terminum. Quæ tamen ratio non satis concludere videtur, quia ut alibi ita & hic in numerum certum milliarium, totidem dies, & aliquid amplius designari potuisset. Sed forte leges hoc relinquere voluerunt officio judicis qui dat apostolos, ut hic simul definiret spacium, intra quod judici superiori apostoli præsentarentur, ut notat *gl in d.l.5.* eoq; tempus ibi præscriptum non à lege sed à judice intelligendum est. Porro cum ex ordinatione Cameræ apostoli necessariò petendi non sint, ut lit. G. dixit Treut. necessariò tempus aliquod statuendum fuit, intra quod appellatio introduceretur, & quo non observato appellatio deserta censeretur, cum quò ad hoc huius temporis eadem quæ aliorum fatalium sit ratio. Intelligenda autem est citari hic à Treut. *l. 2. C.d. tempor. appellat.* ut inde confirmet desertam esse appellationem, si intra sex menses in Camera non introducatur: cæteroquin contradictio illa fuerit, negare fatale introducendæ definitum esse jure civili, & tamen istud ex jure civili probare velle. Et omnino sex illi menses, quorum mentio fit *in d.l.2.* fatale sunt appellationis prosequendæ.

Et hoc tempus iudex.] Expressum hoc est de jure contrahendi tempus ordin. Cam. *p 2. tit. 30.* etiam usque ad unum mensem, videlicet pro conditione & distantia loci, à quo appellatur ad Cameram: judicem autem hoc prorogare non posse, satis ibidem expressum est: quod Tr. restringit ad judicem à quo: posse autem prorogari putat à judice ad quem: si videlicet hic desuper ex justa causa fuerit requisitus à parte. Utique judex inferior à quo provocatum est, non poterit prorogare, quodammodo in præiudicium superioris, & efficere, ut hic etiam invitus appellationem suscipere teneatur.

Expresso consensu vel compromisso.] Cum adhuc agat de fatali appellationis introducendæ, non videtur rectè huc adducere textus juris civilis, quo tempus istud determinatum est. Sed utitur fortassis tantum arg. illorum textuum, quibus statutum est, ut si partes post introductam appellationem, in causa compromiserint, totum illud spatium, quo coram arbitris causa tractata fuit, ex tempore, quod prosequendæ appellationi præfixum est, eximatur & non computetur. *Nov. 93. cap. 1. auth. si tamen C.d. temp. appell.* possit equidem videri esse aliqua diversitas, quod in dd. textibus proponitur causa jam introducta & coram judice superiori tractari cœpta:

pta: à quo forte non rectè inferatur ad idem statuendum circa tempus introducendi appellationem, post quod speciali lege definitum non teneatur judex recipere appellationem: cum & eiusmodi speciatim introducta, non facile videantur protrahenda ad casus non plane similes, in præiudicium, præsertim eorum quæ finiendarum litium causa bono publico sunt introducta. Sed tamen non videtur hac in re ratio differentiæ reddi posse: & si judex superior, quo deserto partes arbitros receperunt, cogitur ex LL. postea nihilominus in se recipere causam tractandam: quidni etiam teneatur judex superior postea accipere causam apud se introducendam: cum rationis sit, ut neutro casu tempus quod apud arbitros effluxit, imputetur ei qui appellavit. Possit etiam videri esse diversa ratio pacti expressi partium de prorogando tempore ex simplici & libero placito, & compromissi: quia cum hoc ipsum fiat finiendæ controversiæ gratia, ubi istud non successit, non debet impediri quis, quo minus coram judice litem persequatur: ut autem pro libidine sua partes differant rem, & fatalia salubriter introducta quasi eludant, permittendum non videtur: maximè cum istud sit nimis futurum vagum & indeterminatum, si paciscentium quasi libidini hic indulgeatur. Et tamen hic quoque generalis est textus *in l. ultim.* §. *ult. Cod. d. temp. appellat.* quod pacto efficere liceat, ne ullum fatale observetur. Quod tamen ita fuerit temperandum, ut vaga pactio non admittatur, sed si pactioni certus quidam terminus adiiciatur. Utique ista locum tum demum habebunt, ubi vel ante sententiam vel pendente adhuc & labente fatali pactio interposita fuerit: cæteroquin post lapsum negligentiâ alterius terminum, quod amplius non est, non poterit prorogari, ut not. *Salic. in d. auth si tamen C. d. temporibus appellat. in f.* & est in eam rem text. *in clem. penultim. d. appellat.*

LIT. K.

Prosequendæ appellationis tempus.] Hoc, inquit Treutl. hodie annus, & ex justa causa biennium est: & subiicit, hoc adeo verum esse, ut post lapsum anni sententia, à qua appellatum non est, possit executioni mandari, ac si deserta sit. Ubi oportet subesse errorem typographicum, & rescribi, *à qua*

Prosequendæ appellationis tempus.

appellatum est, vel, *à qua appellationem interpositam non est prosecutus*: hoc enim est quod statuitur in citato §. *illud. l. ultim. Cod. d. temporibus appell.* ut etiam procedat, si appellans causam legitimè in secunda instantia ceptam, prosecutus non fuerit. Hoc autem fatale in Camera propter multitudinem causarum non attendi notat Tr. ex *Gail. 1. obs.* 141. *num.* 7. ad quod tamen parum facit citata ab utroque *auth. sed & lis. C. d. tempor. app.* ex qua interim non currit tempus, dum aliquis à principe constituatur, qui causam cognoscat: in Camera autem semper certi perpetui, & cognoscendis causis deputati & constituti sunt assessores.

An prorogari post hoc temp.

Illud prorogari posse.] De compromisso expressi textus sunt in *N. 93. capit. 1. auth. si tamen C. d. temp. appell.* De partium consensu est *text. in clem. quamdiu. d. appellat. & fac. sæpe citata l. ultim. §. ultim. C. d. temp. appell.* qui textus vel maximè ad fatalia prosequenda pertinere videtur. Et Dd. communiter, quos refert & sequitur *Gail. 1. obser.* 141. differentiam hic statuunt, inter terminum præfinitum instantiæ primæ *in l. 13. C. d. iudic.* & tempus prosequendi appellationem. Illum prorogari partium consensu posse negant, hoc posse: ex hac ratione: quod illic pereat saltem instantia, salvo jure iterum agendi: hic autem per lapsum fatalium inferatur damnum irreparabile, quippe quod executioni sententia mandetur. Accedit, quod annus hic præcisè quasi & biennium ad summum, constitutum est, favore quodam eius contra quem appellatum est, ut appellatio censeatur deserta & sententia in rem judicatam transeat, ubi appellans tempus illud præterlabi passus est: quæ ratio altero consentiente cessat.

Et aliàs quoq; verum est] Siquidem tempus introducendi potest prorogari per judicem superiorem, ut tradit Tr. lit. H. poterit etiā tempus prosequendi. Apparet autem ex cit. *Fach. 1. controv. 79.* confundi hic duplicem quæstionem, an simpliciter post lapsum anni sit exequenda sententia, an expectandum sit biennium. Et alii hoc expectandum statuunt, alii statim lapso anno sententiam exequēdam censent, nisi justum probetur impedimentum, propter quod alius adhuc addatur annus. Quæ sententia vera est, per textum *in l. ultim. § illud. C. d. tempor. appellat.* ex quo ostenditur, quod tempus prosequendi appellationem, non sit biennale, sed tantum annale, addi autem adhuc annum si pars appellans vel culpam judicis, vel aliam,

aliam, ut loquitur Justin. inexorabilem causam possit probare. Et ergo poterit prorogari haud dubiè annus usque ad biennium, hoc autem prorogari vix poterit per *d.l.ult. §.illud. C d.tempor.appell.*

Hoc tempus à die appellationis.] Hoc ita tradit *Fach.in pr.d.c.79.* & communem opinionem esse ait *Geil.& obs.141.* Rationis quidem videri possit, ut currat hoc tempus ab eo die, quo appellatio introducta, & apostoli præsentati fuerunt. Sed textus *in l.2.& 3. C.d. tempor. appell.* non obscurè ostendunt, computari tempus, ex quo appellatio interposita est: ideoque vult constitutio *d.l.3.* ut gesta & acta primæ instantię, maturè edantur judici superiori, ut idoneum tempus decidendæ causæ habere possit.

Coronidis loco.] Certum est, quod supersit nullitatis remedium, etiamsi appellatio sit omissa: quoniam in casu nullitatis non necesse est provocare, sed causa ex integro agi potest: siquidē sententia jure nulla non potest transire in rem judicatam: quamvis aliàs etiam per appellationm querela nullitatis introduci possit: utique si ea prabari non possit, & deserta sit appellatio, sententia prior in rem judicatam transibit. Sed videl. distinguenda quęstio est, quam duplicem proponit Tr. 1. si omissa, id est si nulla interposita sit appellatio. 2. si appellatio interposita & fatalia eius non fuerint observata. In prima quæstione res liquida est: quoniam sententia nulla cum citra appellationem nulla maneat, hunc utiq; effectum, ut de nullitate queri, & ex integro causam agere liceat, esse oportet. Sed posterior quæstio controversa videtur, de qua nihil video tractari à Bart. eo loc. quem Zas. & Tr. notant *in l. tale pactum. 40. §. qui provocavit d.pact.* sed Zas. eam tractat non *in l.62.d.iudiciis*, in quē tit. Zas. non scripsit, sed *in l.cū querebatur 62. de re iud. inf.* ubi contra Tr. affirmat ꝙ deserta appellatione, veluti post lapsum anni vel biennii, querela quoque nullitatis sublata sit. Et facit pro ea sententia, quod causa nullitatis corā judice superiori sola & seorsim tractari & proponi non potest, adeoq; cum pars appellaverit, & nullitas, ut ait Zas. claudatur in ventre appellat. hac deserta, controversia quoq; omnis de nullitate intercidisse videtur. Sed in contrariā tamen opinionē cum Tr. proclivior sum: ꝙ non censeatur quisquam elegisse beneficiū provocationis, ut sibi noceat, neq; æquum est ut propter appellationem cōditio eius fiat deterior: quin potius præsumitur appellasse, ut facultatem alterutro beneficio pro libitu

utendi

Remedium nullitatis.

utendi haberet, & si nullitatem non posset, probaret saltem iniquitatem: sicuti hæc solennis pene est appellandi formula, ut sententia vel nulla vel iniqua utique dicatur: & censetur ideo omisisse aut potius deseruisse appellationem, quod sciret sibi integram esse facultatem, agendi super nullitate apud judicem inferiorem.

Qui frustratoriè & calumniosè.] Rectè hæc verba addit Treut. quoniam aliàs qui sententiam pro se habet, in dubio justam litigandi causam habere creditur, ideoque in expensas non condemnatur, ut notatum *supra p. 1. disp. 12. th. 16. in f.* Sed Tr. non de appellato qui obtinuit, sed de appellante hic loquitur, qui in dubio & semper, si in secunda quoque instantia succumbat, in expensas condemnandus est.

ADDI-

ADDITIONES
AD VOLUMEN PRIUS.

AD DISPUTAT. I.

THES. 1. Lit. A. error typographi est, & citare voluit Alciat. *lib. 1. par. rg. ca. 29.* sed & amplius quod Treut. hic notat potest ad paulo remotius referri, qui etiam agit de derivatione justitiæ.

Lit. C. Placet adhuc ista sententia, quod definiatur justitia universalis: licet hoc admittam, quæ in jure nostro tractantur, ferè tantum ad justitiam particularem pertinere.

Thes. 3. lit. A. De tribus præceptis juris hoc addo, quod jus suum cuique tribuere, possit considerari in eorum persona, quibus hoc quodammodo ratione officii incumbit, cuiusmodi sunt legislatores, judices, JCti. Ad obiectiones quæ hic moveri solent, generalis responsio est, quod sicut ipsæ politiæ non sunt puræ sed excedunt in forma & administratione, ita etiam esse transgressiones horum præceptorum, quæ propter hominum imperfectionem tolerentur potius, quam sanciantur. Et manent nihilominus præcepta illa, ceu normæ quædam, ad quas legislatorem omnem animum intendere oportet, & hoc agere, ut quam minimum ab iis recedat.

Thes. 4. lit. D. Quæstionem istam, an actiones sint juris gent. vide plenius tractatam infra *part. 2. disputat. 26. d. except. thes. 1.*

Th.5.lit.B. Explicatio Vulteij ad §. *cor stat. Institut. d. iur natur.* refutatur ex verbis Græcis ibidem relatis, quoniam γράφειν Græcis nihil aliud quam literas pingere significat.

Eadem thes. 5. in extremo confirmatur sententia hæc, quod juxta vulgatissimum illud, Princeps contrahendo utitur jure privatorum, eoque non potest dici animum habere ferendi legem.

AD DISPVT. II.

Thes. 1. lit. A. quatenus Jurisprudentia consideratur, ut tractatur per modum & formam artis, partem eius constituunt res & personæ.

Eadem thes. *in extremo*. Explicationi tamen Freheri obstat, quod abortum procurare non videatur esse capitale: per notata infr. *p.2. disp.32. th 5. lit. G.*

Thes. 2. lit. C. In quæstione hic tractata video à Gothofredo *ad l.1. §. tertio, si is qui testamen. lib.* distingui inter statu liberum, & eum qui sub conditione libertatem accepit. Sed nullus textus favet huic distinctioni, imò repugnat ratio & textus manifestus *in l. prima, d. statu liber.* & *in princip. dict. l.1. &* §. *primo,* agitur non de statu libero, sed de liberto, qui libertatem purè ex testamento accepit. Cæterum *dict. l. prima,* §. *tertio,* videtur rectius explicari de coërcitione quam facit dominus: & cum statu liberi re vera servi sint, nihil absurdi est, ut quoad ea quæ dominos concernunt pro servis puniantur.

Thes. 4. in f. quod ex Auth. habita, non videatur concessum Imp. merum, istud facit: quod ex ratione juris, omnes qui in civitate vivunt, sunt subiecti ordinario magistratui: itaque exemtionis privilegium non debet extendi: maxime quod Imperium merum requirit specialem concessionem.

Thes. 5. lit. E. vide tamen autores allegatos à Gothofredo *ad Nov.39.* qui existimant etiam octavo mense partum vitalem nasci posse.

Th. 7. lit. B. an intermedium matrimonium impediat legitimationem, vide infr. *p.2 disp.16. th. 2. lit. A.*

AD

AD DISPVT. III.

Th. 1. lit. A. Vereor tamen ne *l. 7. §. ult. d offic proconsul.* recipiat istam explicationem, quoniam statim subiicitur *in l.* 8. & ideo maius habet imperium &c. sub quo utique videtur contineri merũ in persona habili: & facit *l. 4. & 10. d. offic praesid.*

Thes. 2. lit. C. ibi an ad commissarios Cameræ. Mynsing. cit. â Treut. tantum agit de examinandis testibus, & commissariis ad id deputatis, & rectè negat posse hos subdelegare, nisi consentientibus partibus, quæ etiam plane testimonium remittere possunt.

Eadem lit. C. in pr. pro judice pedaneo, malim dicere, iudicem specialem: quoniam princeps non dabat judicem sicut olim prætor sed proprio quodam jure, judicem specialem constituendo, causam eam ex jurisdictione ordinarii eximebat.

Th. ultim. lit. H. pag. 135. insubtiliter dixi in casu prorogationis tacitæ locum esse pœnitentię usq; ad litem contest. quia per litis contest. demum fit hæc prorogatio: dicere volui, quod usque ad litem contest. liceat pœnitere.

AD DISPVT. IV.

Th. 1. lit. A. pro iniectione manus facit l. 12. tabb. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito: itemque alia l. 12. tabb. quæ ægroto vehiculum sterni, eumq; in ius advehi voluit. Sed non dubium est, quin ista postea absoleverint: neque absurdum sit dicere, eam duritiem legis antiquæ edicto prætoris fuisse mitigatam, ut irent vocati, aut satisdarent: facit quod non nisi in casu iniectionis manus antestatione opus fuisse videtur, & tamen in vilibus personis eam non necessario requisitam ex Comicis discimus.

Eadem th. lit. D. in f. Ad hoc quod dixi actionem de confesso locum habuisse, & ex ea sequutam condemnationem, etiamsi ad falsitatem confessionis probandam alter se offerret, hoc saltem addo, quod potuerit tamen judex causam remittere ad prætorem, ubi deprehendisset, confessionem falsam fuisse, quod probatur ex *l. 7 inf. d. confess.*

Thes.3.lit.D. Circa litis pendentiam hoc contra Treut. statuo, ita sufficere causam generaliter expressam, ut non sit necesse inserere tenorem libelli: quod requirit Treut. Cæterum clem. ultim. ut lite pendente non ita accipienda est, quasi ad effectum litis pendentiæ istud sit necessarium, sed quod hoc ex more recepto, ad expeditiorem processum utilis sit, inserere causam actionis.

Eadem th.lit.F. Sententia ista præcipuè procedet in dilationibus legalibus: in iis enim quas iudex solus dat facile admiserim temperamentum, ut termino elapso iudex aliquantum expectet.

Thes.6.lit.A. Quid in hac quæstione Treut. sentiat, intelligere licet ex collatione *disput.* 11 *thes.* 15. *lit.* C. ubi vide plenius & *part.* 2. *disp.* 23. *thes.* 3. *lit.* L. cæteroquin hoc loco explicari possit Tr. de casu quo ab initio nulla plane citatio intercessit.

Thes.6.lit.B.in f.non firmo, quod de magistratibus & præsidibus perpetuis dixi, quia *in Nov.* 8 *c.*13. N. 161. & passim fit mentio annuorum magistratuum.

Thes.7.lit.B.Intelligo, si iuxta hodiernum morem citatio scripta sit, in ipsius pupilli personam & nomen concipiatur, aut si de veteri vocatione in ius quæratur, ipse pupillus tutore præsente vocetur: utiq; si insinuetur pupillo soli sine tutore, nullum plane operabitur effectum.

Thes.9.lit.D.& E.pag.161.in f.nolim dicere cum Scip.Gent. actionē dari procuratori fisci, sed potius esse popularem, qualis & illa, quę propter prętoris album corruptum datur: privatam autem eam non dixerim, quæ ei tantum competat, in cuius negotio autoritas magistratus contemta fuit.

Thes.10.lit.C.in pr.prætori nō fuit oblatus libellus in specie dictus, sed utiq; tamen expetitio coram eo proponenda fuit, ut notatur infra *p.*2 *disp.*18.*th* 5 *lit.* D.

Thes.11.lit.B.ibi, quia ut ipse subiicit &c. verba obscura paulo sunt, quorum hæc sententia est, inconcinnè loqui Tr. quoniam ipse concedit contingere posse aliquo casu, ut reus domicilium habeat nullo eorum locorum, id est, extra illa loca, quibus bona possidet.

AD DISPVT. V.

Thes. 1. lit. B. pag. 175. in f. debebat dixisse Tr. quod jus de cavendo successerit in locum: pro quo facit edictum in jus vocati ut eant quod videtur novè introductum, ad mitigandum rigorem juris prioris, ut notatum in *Addition. disputat. praced. in princip.*

Thes. 6. lit. D. pag. 169. in f. Treut. ratio salvari potest, si intelligatur de eo Imperio mero, quod quis habet jure proprio, perpetuo & irrevocabili: quam ipsius sententiam arguit verbum Germanicum, **die Obergericht**: non autem de eo, quod quis habet tanquam simplex magistratus.

Ead. lit. circa salvum conductum potest defendi communis sententia: quoniam fides data ita videtur, ut etiam liceat recedere, neq; debet decipi, qui se stitit, adhuc causa dubia, cum se vel reum, vel non condĕnandum contenderet. Et fit hoc ex accidenti, ut non tam dimittatur plane, quam differatur reus, quem postea sine novo processu executio fiet: quæ utilitas erit istius inquisitionis, & forte etiam, ut socii innotescant.

Thes. 10. lit. C. pag. 210. vers. neq; aliter. Videtur ea obiectio referenda ad quæstionem thes. præced. lit. F. an feriis sacris renuntiari possit. Etenim quia in l. 2. & 7. C. de feriis cum vindemialibus coniunguntur sacræ, pariter nec his nec illis renuntiari posse videatur. Sed neganda consequentia est, & dicendum hactenus comparari, quod in nullis regulariter ius dici potest.

AD DISPVT. VI.

Th. 1. lit. D. Intelligo pactum de vendendo cum essentialibus contractus determinatione pretii & mercis.

Th. 6. lit. D. Distinguenda ibi duplex quæstio, an tantum declaretur prodigus à magistratu, an simul à magistratu interdicatur ei bonis: quod utrumq; affirmandum est. Ibid. ad l. 1. in f. pr. respondendum puto, quod per verba, ipso iure, non excludatur sententia interlocutoria, quam passim aliis casibus, quibus ipso iure quid fieri dicitur, requirunt Dd.

L. 8. in f. revera commentitia institutio est, quæ nihil nisi nu-

dum nomen habet: & talẽ tamen introducit Justin. in *in Nov. 115. c. 5.* ut notatur infr. *disp.* 13. & 14. Neq; potest filia exclusa prorsus dici amisisse jus suitaris, cum utiq; deficientib. masculis succedat.

AD DISPVT. VII.

Th. 1. lit. E. in vers. & videtur: videri possit contradictio quædã: sed est in iis verbis remotio quædam tacitæ obiectionis: & omninò pacta regulariter remissoria sunt.

Th. 4. lit. C. Commentaria Donelli iam excutere nõ vacavit: ille plane in commentariis Cod. *ad d. l. 32. C d. transact.* textum non emendat, & retenta particula, non, alteram particulam, si, explicat per quia.

Th. 6. lit. C. Quid Treut. intelligat per verba, distinctè, non promiscuè, explicandum est ex allegato Cisnero *in l. 2 d. transact. numer.* 3. nimirum cum diversis locis variẹ proponantur actiones contra eum qui non servat transactionem, doli, pręscriptis verbis, condictio, eæ competant non promiscuè, & simul quocunque casu, sed distinctim, ita ut diversa loca de diversis casibus explicentur, & cuique casui propria actio applicetur,

AD DISPVT. VIII.

Th. 2. lit. A. in pr. Ratione à Treut. proposita ipse quoq; JCtus uti videtur, & fortassis prætor quod ante insuper habitum fuit, ipse accuratius voluit observari.

Eadem th. lit. D. in princ. regula nimis generaliter proposita, restringenda est, ut non habeat locum eodem jure gradu & effectu.

Eadem th. lit. E. pag. 313. in f. forte non indistinctè ita statuerunt Impp. sed forte in criminibus levioribus arg. *l. 6. C. d. his qui not. infam.*

Th. 4. lit. C. in f. Ad *l. 8. C. d. his qui notant. inf.* potest addi, fœminam ibi videri tantum condemnatam fuisse ad ictum fustium.

Th. 5. lit. K. malim istam pœnam ex *l. 41. C. d. transact.* restringere ad transactionem, quoniam *l. pen. C. d. dignit.* & alii textus de violato juramento loquentes, applicationem *d. l. 41.* admittere

non

non videntur: & Imp. *in d.l.*41. paulo impropriè & tautologicè poteſt videri loquutus.

Th.8.lit. C. admitto omninò, quod qui vitio ſuo decoxit, maculam aliquam incurrat, & eius fama apud bonos viros gravetur.

AD DISPVT. IX.

Theſ. 1. lit. A. Videtur hic error commiſſus *p*. 337. circa explicationem *l. pater*. 70. *d. procurat*. in qua agitur de fideicommiſſario, & ita de cauſa lucrativa: cæteroquin intelligo hic cauſam eandem, cauſam hæreditariam, cęteroquin diverſæ ſunt actiones, ex mutuo, & tutelæ.

Theſ.6.lit.E. Rationes hic propoſitæ videri poſſint non ſatis concludentes, ſed ſunt Dd. & in juris conſtituti admittendis rationibus faciliores eſſe debemus: cæterum nec in capitalibus ſolidæ ſatis iſtæ rationes ſint futuræ.

Th.10.lit.C. Opinio ibi relata ex Ronche gallo non videtur adeò abſurda, & ſit fortaſſis quod ad textus contra eum hic citatos reſpondeatur.

AD DISPVT. X.

Theſ. 2. lit. A. inf. Pono hunc caſum quod acceſſerit ut omnia geſturus: cæterum ſi ita non acceſſit, duo iſti caſus hic notati coniungendi erunt. Noto etiam hoc, quod *ex l. 6. 1. ult. h. t.* petenda ſit quęſtionis iſtius deciſio non prorſus directò, quoniam illa caſus quo acceſſit quis ut omnia geſturus, in terminis ibi non proponitur.

Th. 3. lit. C. inf. Ex eo quod hic dico, dubium ſit quod paulo ante habetur, vitricum cenſeri ſemper facere ex paterno affectu: ſed defendi poteſt, ex hypotheſi filialis, & domeſticæ converſationis, & præſtitarum à privigno operarum.

Theſ.3.lit.G.*in extrem.* Ita hoc explico, ut ſuper præſtationibus perſonalibus tantum inſtitui non poſſit judicium communi dividundo, ſed ſi hoc judicium inſtitutum ſit, ſimul etiam venient præſtationes perſonales: ſed ex adverſo judicium negot.geſt. ſuper diviſione non datur, ſed tantum ſuper perſonalibus præſtationibus.

AD

AD DISPVT. XI.

Thes.1.lit.A. Hoc saltem annoto, homonymiam esse, in verbis, per se iniquum: etenim restitutiones tales non sunt, sed intuitu juris civilis, juxta quod contractus firmus est: exemplum tamen eius quod dixi extat in usucapionibus, quæ in se iniquæ propter bonum publicum defenduntur.

Thes.2.lit D.pag.406. Opinio Oddi *quæst.46.art.2.* quod restitutio ab uno ex minoribus consortibus literis implorata, prosit alteri, confirmatur à contrario sensu ex l. 2. C. si unus ex pluribus appellaverit: nisi forte ibi hoc operatur connexitas causæ & identitas defensionis *arg l.10.§.4 d.appell.*

Th.3.lit. A.pag.408. Rationes ibi propositæ mihi sane fortes adhuc esse videntur, & quarta confirmatur per *l. 7. Cod. d. in integr. restit. minor.* ibi, si nec dum excessit tempus, convenire eum potest. Attamen non est sane quod ad textus contrarios solidè respondeatur: veluti *l.ult.C.d.temp.rest.in integr.* ad quam aut durè aut divinatoriè respondeatur: item *l.pen.C.eod.tit.* ubi Imp. negat concedendam delationem actori si porrigatur ultra tempus statutum. Facit *l intra. 39.d.minor.* ubi dubitandi ratio non videtur relevans si post elapsum tempus causam adhuc tractare liceret. Sed omnem tergiversationem excludit *l. 2. C. Theod. d. in integr restit.* quæ sæpius intra id tempus causam statuit esse decidendam. Et ex ista etiam lege discimus, unde Justin. quadriennium continuum acceperit: itemque quæ olim fuerit differentia locorum, quam sustulisse se *in dict.l ultim.Cod.d.tempor.restit.* profitetur Justin.

Thes.8.lit.H.in f.Sententię, quæ hic defenditur, illud obest, quod aliàs nunquam plenè & securè liceret contrahere cum civitatibus: & si ipsi tribus coniunctim communi consensu contraxerint, durum fuerit concedere restitutionem, juxta not. *infr d.sp.20. th 5.lit.A.*

Thes.9.lit.A.in princ. Communis sententia verior videtur, per *l. 27.§ 1.inf. d.minor.* ubi agitur de emtione, & dicitur non ulteriùs teneri minorem, nisi in quantum locupletior factus est, cuius probatio videtur incumbere venditori argum. *l.1 Cod.si advers. credit.* & est hic quod imputetur emtori qui pretium curatori dare, vel ut curator daretur petere debebat *l.7.§.3.d.minor.*

Th. 15

Th.15.lit.A.in pr.Rectè dicitur læsio probanda,non obstante l.1.si adversus creditorē, quoniā ibi vel simpliciter rescissio contractus petita fuit,V.C.quod bona paterna avitave vēdidit minor, vel cum probasset minor læsionem,adversarius de minori locupletiori facto facto excepit,in cuius probatione defecit.

AD DISPVT. XII.

Th.2.lit.A.pag.457.Sententiam Vigelii non rectè ibi expressisse videor,quia ille in libello suo de litis contestatione definitionem suam etiam jure veteri putat convenire: de quo agitur *in f.p. 2.disp.23.th 3.*

Th.7.lit.B.haud scio an speciale possit statui *in l. 2. d. senator.* cum & *in l. 1. de vi privat.* omninò prohibeatur damnatus eo judicio ex hac ratione,quod sit infamis.

Eadem th.lit.D.Judicandum est secundum leges & constitutiones *in princip.Institut.d offic.iud.l.14.Cod.d.iudic.* & hactenus oportet peritum esse iuris:sed ea peritia in iudicādo de singularibus minime sufficiens est: veluti legimus de Sulpitio eum cum causas in foro tractaret, Scævolam de jure consuluisse: & hactenus imperitus juris poterit esse judex.

Eadem th.lit.E.Augustus teste Sueton.cap.32.iudices legit à tricesimo ætatis anno, quinquennio maturius quam solebant. Sed *Cuiac.21.observat.32 inf.* legendum censet, à 20.anno, quod & probat Casaubon. ad Sueton. ibidem. Videtur sane ætate posteriori discessum ab eo jure, quod ex lege annali obtinebat argum.*l.8.de muner.& honor.* ex qua patet ætatem 25. annorum habilem fuisse. Utique si maior 20.annis cogi potest dicere sententiam, etiam iudex poterit dari: at verum prius *l. 41.d. recept. arbitr.* Sed quod attinet minorē 18. annis, forte secus erit,ut hic nullo modo judex esse possit: & recipit *l. 56. de re iudic.* hanc commodissimam explicationem, ut vers. certè si magistratum &c. referatur non ad minorem 18.annis,sed ad minorem 25. annis, de quo in pr.l. egerat JCtus.

Th.9.*in extr.* Non videtur clericus tacitè posse prorogare contra prohibitionē canonis,neq; canon sive lex Pontificia admittet tacitā conventionē, cum fundet se in totius ordinis privilegio.

Th.15.lit.B.Non videtur posse prorogari consensu partium: quia Justin.*in l.* 13.*C.d.iud.* vult ut ipse judex circa finem triennii ex officio instet & curet, ut lis ad finem perducatur: & tamen communis sententia est, quod lapso triennio tantum instantia pereat & salvum maneat jus agẽdi ex integro. Solent autem Dd. hic distinguere inter instantiam primam & secundam appellationis, ut notatum *infr.p.2.disput.ult.th.ult.lit.*K.

AD DISPVT. XIII.

Th.1.lit.D.Ubi de causa efficiente: possit defendi, quod querela ex moribus descendat.

Ead.th.lit.E.in f.verba, additione hereditatis, expũgi velim: quoniam emancipatus propriè loquendo non addit hæreditatem.

Th.1.lit.C.in pr.Non dissimulo quod aliqui pro salvãdo *Tr.* putant esse errorem typographi, & pro, etsi deficientibus, legendũ esse, nisi deficientibus.

Th.5.lit.A.in f.Videtur sufficere distinctio inter hæredes, in quos transmittatur querela, cuius etiam tantum mentio *in l.* 6.*&* 7.*d.inoffic.test & in l.* 36 *in f.C.d.inoff.testam.* ubi Justin. præfigit terminum intra quem scriptus hęres debeat adire hæreditatem, quo termino pendente filius decedẽs, in posteritatem quidem suam, querelam etiam non præparatam, sed in extraneos non nisi præparatam transmittit.

Th.11.lit.D.in pr.in verbis, haud scio &c. ratio notę istius hęc est, quod hoc exemplũ de legitima debita minuta, non satis sit congruum: cæteroquin in quæstione ipsa non dissentit Tr. qui expressè juris Saxon. facit mentionem.

Ead. th. paulo ante lit. B. pag. 536. de successione parentum hoc saltem defendo, quod non eodem modo succedant, quo liberi, cæterum iure naturæ vel gentium eos succedere nõ nego: quia etiam hoc iure sunt successionis gradus, liberi, parentes, proximi agnati.

Th.12.lit. A. In quæstione ibi tractata adde singularem opinionem Angeli *in §.sed.si quis Inst.quib.mod. test. infirm.* sed quam bene refutat Jas. *in l.quoties.* 13. *C.d. hæred.inst* & adde notata *infra p. 2. disp.* 12. *th.1.lit.A.*

AD DISPVTAT. XIV.

Th. 11. lit. A. Dubito an verum ſit, quod legatario cuicunque detur petitio hæreditatis: quoniam etiam partiarius hæres ſuſtinebat onera non immediatè ſed remedio ſtipulationum *§. ſed quia 5. Inſtitut. d. fideicommiſſ hæred.* adde infra *part. 2. diſput. 13. theſ. 1. lit. A. in f.*

Th. 12. lit. C. pag. 568. ſub pr. intelligo poſſeſſorem rei ſingularis titulo valido, & poſſeſſorem titulo ſingulari, ſed univerſitatis, emtorem videlicet hæreditatis.

AD DISPVT. XV.

Th. 4. lit. D. Poſtquam *in l. 2.* C. ubi in rem actio prodita eſt certa forma procedendi, ut detentor nominet autorem, forte hoc non obſervato, defendi poſſit cum Bart. poſſeſſionem eſſe redintegrandam.

Th. 11. *in extrem.* Noto, quod fructus ita venditi, cum ſuccedat pretium, non videntur in hac materia haberi pro conſumtis per *l. 15. §. 1. d. rei vind.* & tamen eadem ratio eſt, ſi fructus in evidentem utilitatem familiæ ſint conſumti, & ita evitata neceſſitas pecuniam expendendi.

Th. 12. in pr. Adde idem eſſe poſt controverſiam motam, etiam ante litem conteſtatam, per *l. 25 d. petit hæred.*

AD DISPVT. XVI.

Th. 1. lit. A. in pr. Si ſervitus conſideretur relatè ratione eius cui debetur, poſſit ſane dici jus utendi.

Ibidem in f. pag. Non nego tamen quod in omni ſervitute ſit quædam privatio. Sed & civiliter accipiendum eſt, quod ibid. dixi eas ſervitutum ſpecies toto genere differre.

Th. 2. lit. G. Forte tamen quod receptum eſt quodammodo contra rationem juris feudalis, circa ſubinfeudationem, ita ut ſub infeudatus quoque primi concedentis fiat vaſallus, ad translationem uſusfructus non eſt porrigendum.

Thes. 12. lit. A. *in extrem*. Videtur tamen probari ex *l. ult. uti possid.* quod usufructuario quoque istud interdictum detur, de quo agitur infra *disp*. 25. *th*. 4.

Th. ult. lit. D. Omninò speciale hic est in operis servi, quæ non pereunt, non utendo, non capitis diminutione, quin nec morte legatarii: forte quia non manet inanis proprietas, cum cætera præter operas ad proprietarium pertineant.

AD DISPUT. XVII.

Thes. 1. lit. B. Notandum hic ineptè dici à Tr. quod prædia non distinguantur à materia ex qua: quod monere ridiculum est.

Th. 3. lit. C. Ne officiatur, purè negat: quod non est in servitute prospectus, quam in fine nego pleniorem esse, non alteram.

Th. 7. lit. A. Videtur tamen indefinita concessio precarii minus officere, quam expressio alicuius temporis: & tamen vix illo modo constituetur vera servitus: quomodo explicandum quod dicitur infra *th*. 10. *L*. *B*.

Eadem th. *in extrem*. Lege ibi apud Treut. usufructuarias, quas scilicet ædes hæres qui proprietarius est, consensu fructuarii altius tollere potest, & ita officere luminibus earum, quas testator plena proprietate legavit.

Th. ult. Notandum hic, aliud esse, fieri divisionem per longitudinem vel latitudinem fundi, aliud, per longitudinem vel latitudinem viæ. In priori quoq; schemate error commissus est in descriptione, quoniam in ea etiam via debet descendere sicut in posteriori: ita ut fundus in priori per modum crucis divisus sit: itaque interiectæ lineæ non tractum viæ, sed modum & rationem divisi fundi designant.

AD DISPUT. XVIII.

Th. 2. lit. C. pag. 694. inf. Illud tanquam speciale possit proponi ex jure Saxonico, quod eo transeunti per agrum equiti licet ex eo pabulum aliquod equo decerpere, de quo agunt Zobel. & Reinhard. notatis à Tr. loc.

Thes. 7. lit. B. Non satis ad mentem Treut. videor ibi formasse quæstionem: quoniam ille quærit, an homicidium ita commissum plane sit impunitum & excusatum: quamvis ista quæstio aliquod jus occidendi præsupponat.

AD DISPUT. XX.

Th. 1. lit. F. in pr. Hactenus vera est sententia Zasii, quod aliæ res fungibiles tantum secundum quid sint quantitates: utiq; dum venduntur, dum iis consumtis æstimatio præstatur, quantitatis vice non funguntur.

Th. 4. lit. B. Paulo superius notavi, quod imò etiam posterioribus temporibus magistratus annui fuisse videantur.

AD DISPUT. XXI.

Th. 3. pag. 795. in princ. Textus ille ex *l. 2. §. ultim. Cod. d. iurament. calumn.* fortassis non rectè adducitur, quia loquitur de litibus ante eam constitutionem cœptis & pendentibus: quamvis aliàs ratio suadeat, ut si per negligentiam vel errorem omissum sit, adhuc peti possit, quoniam in processu litis multis modis calumniari quis potest.

AD DISPUT. XXII.

Th. 1. lit. B. & C. Cuiac. hic à se diversus, & aliter in observat. aliter in paratitl. loquitur.

Eadem th. lit. F. in princ. Nota quod contractus quasi, sæpe obscuram conventionem partium, & non raro fictam & ex lege introductam habent: & tacita conventio cuius hic memini, in casu repetitionis ex pœnitentia, vix ac ne vix quidem apparet.

Th. 2. pag. 850. pag. 24. verba, (non fuit in libero arbitrio) refero ad casum conditionis, ante quam non debuit Legi contractus satisfieri.

Th. ult. lit. G. sententiam Fabri de juramento in litem in actione furti non probo: quia aliàs longè in plus quam verum quadruplum fur condemnaretur: sed & ea actio non datur jure dominii ad restitutionem rei. Doctores tamen vulgo juramentum veritatis admittunt: de quo alibi tractatur.

AD DISPVT. XXIII.

Thes. 1. lit. C. De actionibus quæ ex causa fractæ pacis competunt, ex ipsa constitutione statuendum est.

Thes. 2. lit. B. Non firmo hoc, quod actio ista arbitraria sit, quippe cum etiam pro re immobili detur, quæ per culpam vel moram deperdita dici non potest: vix enim est ut hic responderi possit, intelligi rem per contumaciam non restitui, & hoc quasi respectu pro deperdita haberi.

Thes. 3. lit. F. Potest defendi Treut. contra Hottomann. quod per ipsam commemorationem loci, satis hoc actor intelligatur committere arbitrio judicis *argum. §. plus autem 34. Institut. d. act.*

Thes. 6. lit. B. in f. Bartol. *in l. ultim. de eo quod certo loco col. ultim.* hæc distinctio est, an creditor recipiens sortem & protestans, expresse liberet solventem à sorte, ut tunc nihil operetur protestatio: an verò simpliciter acceperit sortem cum protestatione: quæ tum operetur ut non censeatur solvens liberatus ab ipsa sorte, sed petitio huius remaneat propter interesse *argum. l. 2. §. 7 eodem titulo.*

Pagina 939. in f. Hoc annoto quod virilia officia diversimodè possint accipi apud diversas gentes, ut quod uno in loco virile officium sit, alibi non sit, adeoque non per se tale sit, veluti tutela, quam etiam matri & aviæ detulit Justin. & ex sententia Platon. in prima republic. etiam fœminis magistratus deferuntur. Et ita fortassis post SCtum Vellejan. intercedere pro virili pene officium habitum fuit: sicuti prætor postea demum, postulare fœminis indecorum esse existimavit.

Pag. 940. lit. A. in princ. Utique comparatio illa ætatis & sexus incommoda est: cæterum possit hic esse sensus, quod sicut non simpliciter prohibentur intercedere mulieres, nec semper iis succurritur, ita nec semper minoribus succurratur.

Pag. 973. in princ. Non infiteor duriorem esse explicationem *ad l. 1 §. 22 depositi*, sed vix occurrit alia: utique intelligendum fuerit depositum irregulare, & de hoc etiam explicanda *Novell. 88. c. 1.* Facit aliquid quod *in dict. §. 22.* Marcellus cavillari videtur sententiam Juliani, qui exceptiones ibi propositas nunquam

quam negasset, ut tanto probabilius sit, eum adducto exemplo diverso plane sequestri, Juliani sententiam reprehendere voluisse.

Pag. 986. Dico duobus illis casibus depositum esse, non quod substantia rei considerata, non possit etiam dici mutuum, sed quod istis casibus hactenus habeatur pro deposito, ut usuræ actione depositi peti possint.

Pag. 1058. Extraordinaria exequendi ratio contra contumacem per manum militarem, probatur etiam ex *l. 1. §. 4. uti possidetis l. 3. in pr. ne vis fiat ei &c.*

Pag. 1073. in f. lit. A. Verius fortassis videatur, quod ubi emtor satisdedit de pretio solvendo, dominium in eum transferatur: & fortassis minus rectè adducti sunt textus *ex l. 12. §. ultim. in f. l. 25. §. primo, d. usufruct.* quia loquuntur de servo fructuario an proprietario, prout ex huius vel illius re pecunia postea solvatur.

Pag. 1126. Quod emphyteusis etiam consistat in ædibus, probatur ex *Novell. 7. capit. 3. in princip. & §. secundo, & Novell. 120. cap. 1. in princip. & §. 2. & capite sexto.*

ADDI-

ADDITIONES ALIQVOT AD VOLVM. II.

Partem Priorem.

PAgina 57. Ad quæstionem ibi tractatam addo, quod *in l. 9 locati* sine culpa locatoris res est avocata, hic autem avocat ipse debitor. Et hic non tantum spectandum est, quantum intersit creditoris, quòd aliàs quidvis pro alio solvi posset, sed jus quæsitum, & obligatio ita constituta, quæ non potest mutari ad arbitrium debitoris: facit *l. 6. §. ultim. quib. mod. pign. solvit.* ex quo hoc tamen obliquè probatur, pignus pto pignore substitui posse, quia negatur pro hoc dari posse fideiussor: quæ sunt diversæ species cautionis. Illud autem facilius admittetur, quam fideiussor pro fideiussore, quorum vix eadem est conditio & qualitas. Ut proinde rectè negetur consequentia à fideiussore ad pignus, & hinc respondeatur ad *l. 14 §. secundo, d. constit. pecun.* (quæ non rectè adducitur pro sententia affirmativa:) quoniam tenetur ibi reus illum ipsum dare quem constituit, nisi ille sine mora constituentis decesserit: facit pro negativa sententia *l. 9. §. 3. d. pign. act. l. 45. §. 2. mandati & adde infra disp 28. th. 2. inf.*

Pag. 67. Ex reticentia redhibitio tantum est ob vitium corporis: sed ex dicto promissove, ob qualecunque vitium *l. 43. inf. pr. d. contrah. emt.* quoniam quod quis promisit, id eum præstare oportet.

Pag. 178. in f. Nota, quod limitatio ista non possit conveni-

re ra-

re rationi juris nostri, quippe cui derogatur statuto, quod tantum instrumenta admittit: ideoq; cũ pateat, longe plus tribui instrumẽtis, absurdum sit, stante tali statuto, duos testes æquiparari instrumento: sed non adeo sit absurdum, comparare quatuor vel quinq; quoniam statutum videtur exclusisse testes, ne faciant fidem eo modo, quo faciunt jure communi.

Pag. 191. in princ. Ratio ibi allata ex *l. 63. d. re iudic.* non satis rectè applicatur realibus tantum actionibus: quoniam regula illa generalis est. Sed rectior ratio videtur, quod actio in personam relata est ad reũ ex obligatione, quæ simul est in actore, nec alii competit nisi qui V.C. contraxit: sed actio in rem est absoluta ex dominio.

Pag. 195. in princ. Ita intelligo, quod cedat veritati præsumtio, veritati scilicet liquidæ & certæ, cuiusmodi ex cõfessione partis nascitur: cuiusmodi veritas ex dictis testium non oritur, ideoque illis non cedit præsumtio juris & de jure.

Pag. 252. post pr. Non videtur admittendum quod Levit. 18. casus non expressè relati, (ita enim ibi addita negatione legendum est) sint habendi pro omissis: quoniam imò ibi ex prohibitione unius colligitur etiam prohibitio alterius, qui eandem habet distantiam & rationem.

Pag. 256. In schemate & serie hic proposita tantum considero distantiam personarum & graduum: nam istud ex accidenti est, quod Dina simul est Abrahamo in linea recta descendenti coniuncta propter matrimonium Isaaci cum Rebecca.

Pag. 316. vers. *unde rectè.* Plane aliquando mulier cui dos promissa est, dicitur habere dotem, quoniã ex regula juris, qui efficacem habet actionem, ipsam rem habere videtur: unde explicantur *l. 43. d. administ. tut. l. 1. §. 1. d collat. dot.*

Pag. 330. th. 4. lit. A. Videtur verior ratio, quoniã ubi feudum ipsius fœminæ est, re ipsa & naturaliter manet penes uxorem, etiãsi in dotem detur *l. 30. C. d. iur. dot.* quod secus est ubi datur à patre in dotem.

Pag. 376. vers. *nisi emancipata*: Verior sententia est, quod emãcipata filia sola repetat dotem profectitiam, contra quam notavi *pag. 372. lit.* C. neq; enim sequitur: si pater non sine filiafam. dotem repetere potest, ergo nec filia emancipata sine patre: sicut nec se-

quitur: si pater repetit dotem etiam adventitiam cum filiafam. ergo etiam repetet profectitiam cum emancipata.

Pag. 395. *in extr.* Aliter videtur sentire Tr. quam hic eum accepi: & videl. quod ait, item ad paraphernalia, non eò pertinere, quasi propter stuprum post mortem mariti commissum mulier amittat paraphernalia: sed illud quærere intelligendus est Tr. an ea amittat propter adulterium vivo marito commissum: quod & ipsū rectè negatur.

Pag. 447. in f. Est istud apud Thuanum lib. 23. & apud eundem lib. 34. est oratio Hospitalii, quod etiam 14. anno reges sint habiles ad administrandum.

Pag. 450. *in extr.* Hoc ita explico: capitis diminutio minima duplex est, emancipatio & arrogatio: duplex etiam filiusfam. alter naturalis ex nuptiis alter legitimus per arrogationem. Illi quem pater præcedit, nec hodie tutela legitima defertur: huic autem deferri verius est: quoniā licet ipse agnatus fiat patri arrogatori, hic tamen arrogati coniunctis, nec agnatus, nec cognatus fit, sed his ipse arrogatus, licet non amplius agnatus, cognatus tamen manet: quod hodie sufficit, ut tutela legitima deferatur & retineatur: ideoq; nec emancipatione sequuta, poterit finiri, & multo minus perimi per arrogationem sequutam eius qui iam tutor legitimus erat, quoniam cognatus manet, & jus successionis retinet.

Pag. 458. in f. Tutoris datio etiā est simul jurisdictionis contentiosæ, quia coactione opus est in nolentes. Et rationes quas hic subieci, non valdè stringere fateor: quoniam hoc negotium tractatur apud prætorem, ut non fiat procurator dominus litis: vide hic Cujac. *ad l. 13. d. excusat. tut.*

Pag. 460. Dubius sum in hac quæstione, & contra quam in prioribus ad hunc locum additionibus notavi, etiam non proposita prius excusationis causa, rectè appellari, probant textus *in l. 4. & 16. d excusat. l. 39. §. sexto, d. administrat. tut. l. 2. & pen. d. tutor. dat.* & præcipuè *l. 18. Cod. d. excusat.* & facit quod absentes dari possunt tutores *l. 5. d. curator. dat l. 19. C d adm. tut.*

Pag. 472. in f. Erraste me puto in explicando, quinam fuerint divi fratres, quoniā Antoninus & Geta, Severi liberi, exiguo tempore, & in continuis dissidiis vixerunt, ut apud Herodianum præcipuè videre est: sed fuere divi fratres Marcus Ant. Philos. & Lucius

cius Verus, quem ille Imperator factus, in consortium Imperij accepit, & mortuum Divum appellavit, *Capitol. in Marco Antonino.*

Pag. 508. post pr. Possunt tamen codicilli dici habere institutionem aliquam, siquidem ita loqui videmus JCtos, ut dicant, obliquè dari hæreditatem codicillis.

Pag. 518. De ista agitata quæstione vide additiones priores, & corolarium sub fin. disp. 18.

Pag 524. in pr. Imò non absurdè *Nov.* 123. rectè explicatur de actuali traditione rerum divisarum: quod confirmat explicatio mox sequens ad *Nov.* 5. *c* 5. cæteroquin bona cederent monasterio, cum monachus nihil proprij habere possit.

Pag. 533. in pr. De surdo natura dubium facit, quomodo possit hîc exponere voluntatem suam, cum nec loqui possit, qui nunquam audivit: & fortasis nec verum est, quod Justin. ait, audire eum posse, si quis supra cerebrum ipsius loquatur: quo modo ut aliquis loqui discat, imposibile videatur: serum autem & ridiculum sit, sub tempus demum condendi testamenti tale quid velle machinari.

Pag. 689. in f. verba, *aut solus ita scriptus est*, minus commodè dicta sunt: quia sequitur, *sive unus sive plures*. Intelligo uniformes institutiones: ubi omnes ex certis partibus, omnes ex rebus singularibus, omnes sine partibus scripti sunt.

Pag. 693. Dubia hæc quæstio est, & dubia assertio, quod filius hæres pro quacunque parte, rem à patre alienatam in solidum vindicare posit: siquidem regressus non poterit negari emtori contra hæreditatem patris, si filius rem evicerit: quem utiq; regressum filium hæredem, pro parte sua sentire necessum est: adeoque vindicanti ei, obstare debet exceptio.

Pag. 708. De sententia Tr. hic forte non satis constat. Hoc autem statuo, quod filio qui simpliciter tacuit, neque actu se immiscuit, si creditores eum convenire velint, integrum sit abstinendi benficium, & tum voluntatem suam declarandi.

Pag. 747. lit. A. in princ. Potest tamen aliqua dari affinitas, quia legere, sępe significat eligere, veluti frequenter apud Livium, *sorte lecti*: atque ita qui legat & ex hæreditate delibat, videtur ex multis aliquid seligere pro legatario: quo pertinet citata à Tr. *l.* 116. *d. legat.* 1.

Pag.981.verſ. *Imò & ex poſt.* Agnoſco etiam aliis modis quam ibi notatis, ex poſt facto quem effici inteſtatum, V. C. per deſtitutionem hæredis: ſed non tamen hoc ex facto & impugnatione hæredis.

Pag.984. poſt pr. Imò aliter proponit Paul. ita conventum, ut juſtæ hæreditates eſſent communes, & juſtas explicat de legitimis, & has intelligit delatas ab inteſtato: adde etiam *Alciat. 4. paradox. 7.*

Pap.1072. *verſ. cuius uſus.* Poteſt recte defendi, hodie eſſe frequentiorem vel quia etiam in ſucceſſione ex teſtamento ei locus, vel quia plures perſonæ conferunt, vel in plurium ſucceſſione, etiam matris & avi materni, quoad dotes & donationes propter nuptias.

Pag.1075. lit. E. Haud ſcio an materia collationis rectè vocetur exorbitans, cum paſſim eam ampliatam vel extenſam videmus etiam à JCto *in l. 10. d. collat.* cum utiq; quod prætor hic introduxit æquitati & rationi conforme ſit, tendens quippe ad temperandam & tollendam iniquitatem & iniuriam, quam emancipati inferebant ſuis: & hodie ad inducendam æqualitatem inter liberos, quæ maximè favorabilis eſt.

Pag. 1087. Ad explicationem *l. 1. §. 16. d. coniungend. cum emancip.* non diſſimulo admonitum me ab erudito juvene, caſum poni debere *ex l. 3. §. ultim. h. t.* & nimirum quod filius ipſe emancipatus porro emancipavit filium ſuum, quem ſc. nepotem ſuum avus adoptavit: itaque mortuo avo ex edicto pretoris duo nepotes, utpote in poteſtate avi tempore mortis exiſtentes, cum patre concurriſſent: atque ita rectè ait JCtus, quod hi nepotes præmortuo patre cum duobus patruis concurrentes ferant tertiam æqualem, qui vivo patre concurrente minus habuiſſent, quoniam ipſis pater ratam abſtuliſſet: quem caſum intelligendus eſt reſpexiſſe JCtus.

ADDI-

ADDITIONES ALIQVOT AD VOLVM. II.

Partem Posteriorem.

PAG. 7. De differentia edicti & interdicti vide accuratius infra *disp.25.thes.1.lit.C.inf.*

Pag. 63. in f. Nihil interim hic firmo, an propter unam rem non professam omnes cadant in commissum, sed plenius cogitandum relinquo.

Pag. 334. lit. E. & F. Adduxi hic *l.* 30. §. *item quod. d. acquir. poss.* ita enim ibi legendum est, *nos possidere definimus*: vitiosa lectio est, *non possidere definimus*: quæ insedit omnes Gothofred. editiones: quibus quoniam passim utuntur studiosi, hoc monendum duxi.

Pag. 344. in f. *vers. & amplius &c.* Istud ideo dico, ut intelligatur, juxta priorem tantum sensum rectum esse genus Tr. videl. *exceptionem*.

Pag. 346. De servitutibus urbanis explicat Cuiac. *l.*4. §. *ult. d. usucap.* & facit *l.* 14. *d. servitut.* in qua proposita ratio non convenit servitutibus urbanis: itaque quod ibi subiicitur, *idem esse in urbanis*, eo pertinet, ut nec hæ usucapiantur, sed non ex eadem ratione: & haud scio an fortassis Lex Scribonia indefinitè fuerit loquuta.

Pag. 353. lin. 11. ante fin. post verbum, *editum*, ponendum est comma, & hęc sententia est, partum qui editus est & conceptus apud furem, à bonæ fidei possessore usucapi posse.

Pagina 365. lin. 10. Imò citata ibi *l.3. Cod. quibus non obiicitur &c.* rectè explicatur de casu præscriptionis cœptæ contra minorem.

Pag. 375. Vix ausim constanter defendere, quod annuis præstationibus omninò & in futurum quoque præscribatur, propter *l.28. quib. mod. ususfruct. amittit. l.35. §. ultim. d. mort. caus. donat. iuncta l. 4. d. ann. legat.* & præcipuè propter *l. 26. Cod. d. usur.* ubi Justin. movet quorundam obiectionem, propter quam usuris non præscribi putabant, quoniam singulis annis nova nasceretur actio: & eam Justin. ita removet, quod non possint amplius deberi usuræ, sublata principali obligatione. Ergo ubi hæc ratio cessat, & ubi annuæ præstationes ipsum principale sunt, ex sententia utique Justin. ratio jam dicta valebit, ut cesset præscriptio. Plane reliqui textus ad minimum differentiam inter contractus & legata adstruere videntur.

Pag. 398. & seq. In quæstione, an titulus pro hærede ad usucapionem habilis sit, etiam juxta terminos à me positos, existimari possit, non satis convenisse inter JCtos: ita enim plerisque placuisse dicitur quidem *in l. ultim. pro hærede*, sed aliquibus non placuisse, & horum forte sententiam magis probatam præter *ult. C. d. usuc. pro hæred.* ostendit expressus textus *in l. 4. C. d. præscr. longi temp.* ad quam sane quod respondeam, non habeo.

Pag. 412. Dubius quoque sum de isto quod defendi hic & supra hac *disput. thes. 1. inf.* quod per litis contestationem in casu rei absoluti non interrumpatur possessio: & cum aliis *l. 1. Cod. d. long. temp præscript.* vix patitur responsionem quam dedi: neque fortassis absurdum sit dicere, quod propter motam judicialiter litem, de novo sit etiam ab eo qui vicit, inchoanda præscriptio: siquidem constat ita quoque obtinere, si quis per deiectionem aut alio modo amiserit possessionem: & tamen iniquius videri possit, ut violentia alterius mihi noceat: & cum utraque interruptio dicatur, naturalis & civilis, utriusque etiam quoad hanc rem idem videtur statuendus effectus.

Pag. 444 Novel. hic citata loquitur de actore: nã quoad reum, communiter statuitur lite non contestata non contrahi eremodicium, nec litẽ haberi pro contestata: licet aliud statuat Ord. Cam. *part. 2. c. 43 v. Sich & Dd. in l. consentaneum. C. quomodo & quando iudex.*

Pag.

Pag.511.lin.10.legendum est, judicio petitorio restituendã: quia post annum reversus reus non poterit possessorio experiri, siquidem possessio solida & vera in actorem translata est.

Pag.531. N. quod iuxta sententiam Cujacii in specie *l.51. d. re iud.* non fecit ipse debitor contra edictum sed alius: itaq; non videtur esse magna ratio dubitandi, nisi hæc qualisqualis, quod videri possit debitor solvisse quasi pro delicto ab alio commisso. Ratio antem JCti *in d.l.* 15. est quidem generalior, sed tamen in eo præcipuè casu locum habere videtur quod ipse debitor solvit: nam si tertius prohibuit & pœnam præstitit, minus improbus videtur, qui debitorem adhuc convenit: quamvis videri possit ille tertius quasi nomine debitoris solvisse: quoniam pœna edicti videtur irrogari propter utilitatem creditoris, ut consequatur quanti eius interest, arg. *l.* 1. § 5. *ne vis fiat &c.* cum etiam comparente debitore, & quocunque eum defendẽte, & pro eo multo magis solvente, primum decretum & immissio exspirent: qua in re forte quærenda fuerit differentiæ ratio inter hanc actionem, & eam quæ est ex edicto d. tab. exhib.

Ead. pag. in f. ita quidem est, ut actiones mistæ dicantur, quæ persequuntur duplum, triplum &c. cum re ipsa: attamen Justin. alio sensu vocat mistam actionem l. Aquiliæ. quod sc. æstimatio fiat retro §. *vi autem* 19. *Inst. d. actionib.*

Pag.745. vers. & ex his procul dubio exceptiones de quibus ib. agitur, differunt ut genus & species: sed istud improbatur in Tr. quod pacti temporalis exceptionem à genere, plus petitionis, ita separat, ut diversas species facere videatur.

Pag.746 in pr. Noto, quod ratio ibi adducta tantum propriè pertinet ad eum casum, ubi plus tempore petitur: & hodie constat non amitti litem, sed actionem differri, in aliis damnum sarciri.

Pag.794. In ista quæst. ad argument. pro Gœdd. ex *l.* 108. *d. V.O.* petitum, respondendum est ex *Bart. in l. cum ad præsens* 37. *d. reb. cred.* ubi scribit, quod stipulatio conditionalis non opus habeat alia causa, sed ipsa conditio loco causæ sit.

Pag. 973. in f. lit. B. Non videtur sibi contradicere Tr. quoniam illic de cautione de sistendo, sed hic de iudicato solvendo tractat. Veruntamen judicandus est Tr. ex allegatis sub th. 3. qui

de utra-

de utraq; hac cautione loquuntur, & in utraq; idem statuunt: quia imò maior ratio est, ut cautio de iudicato solvendo ultra primam instantiam duret, quam de judicio sistendo.

Pag. 997. Quod dico præcipuè materiæ in moneta rationem habendam maximè verum est, ubi agitur de moneta cudenda & taxãda: cæteroquin ubi valor iam impositus est, is à privatis magis attẽditur, quorũ non est disputare de autoritate principis. Et illud tamen hic etiam considerandum, quod ut Aristotel. docet. 1. Polit. nummus non mutui gratia, sed propter permutationes rerum inventus est: adstipulante JCto *in l. 1. d. contrah. emt.*

Pag. 1083. in f. Quod dixi ex causa judiciorum publicorum, non esse introductas pœnales actiones in duplum vel triplum, ita limitandum est 1. ut tamen possint esse introductæ postea V. C. ex constitutionibus principum. 2. ut istud regulare sit, & forte tamen detur exceptio: & hinc explico *l. pen. in f. ad l. Corn. d. fals. l. penult. ad L. Iul. peculat. l. ult. C. ad l. Iul. repetund* sicut etiam aliquando per L. judicii publici induci potest pœna pecuniaria *l. 2. ad L. Iul. d. annonal.* 4. §. 5. *ad l. Iul. peculat.* adde infra *disput. 32. th. lit. A. & B.*

Pag. 1110. vers. & quod hoc. Intelligo primò consumi unam per alteram, nisi quantum in altera plus est. 2. si incipias ab actione furti manifesti, omnimodo consumi.

Pag. 1130. in f. Quod de filiisfam. ibi dico, accipiendum est de actione prætoria iniuriarum: nam quæ descendit ex L. Cornel. filiofam. soli, non patri datur *l. 5. §. 6. d. iniur.* forte quoniam iniuriæ reales contemplatione patris, quoniam filiusfam. libera persona est, illatæ non videntur.

INDEX

INDEX RERUM ET QUÆSTIONUM NOTABILIUM, IN QUO PRIOR NUMERUS DISPUTATIONEM, posterior thesin denotat.

LITERA A.

ABigeorum pœna 30. 2.g

Acceptilatio quid. 29.4.a & an fieri possit ex mandato ib. b & an sit actus legitimus ib.

Accusare qui possint. 31. 1.f & an peregrinus ibid.

Accusari qui possint 31.3.e

Actio an possit habere petitionem incertam 23.4.a

Actiones iuris gent. 26.1.b

Actionum ordinariarum nota 25. 1. b

Actor temerarius an & quæ damna præstat 23.2.a

Actus legitimi an admittant conditionem impropriam 29.4.f

Adpromissor quis 28.1.a

Adulterium est cum nupta tantum 32. 2.b. & quid si alij se prostituerit ibid.

Adulterij variæ pœnæ 32.2.a

Adulter an possit conveniri iniuriarum 32.2.f

Adulterium an crimen publicum 32. 2.g & quæ in eo locum habeant præsumtiones ibid.

Adulterij an possit uxor accusare maritum 32.2.K

Ædificatum in nostro an liceat destruere 18.2.g

Alteri per alterum an quæratur obligatio 27.2.d. & seqq.
in Alternativis cuius sit electio 27.3.b
Alueus cuius iuris 20.1.g. *eius destitutio* 20.5.g
Amor an excuset in pœnis 32.6.c
Annus reis in publ. iudiciis constitutus quando currat 31.4.a
Apostoli unde dicti 33.8.e. *an & quo tempore petendi* ibid.
Appellatio an à iure natura 33.1.a *& an sit defensio, & an tolli poßit* ibid. *& an ei poßit renuntiari & quibus verbis* 33.3.b
Appellatio ter facta 33.7.f
Appellat etiam, tutores, curatores, procuratores 33.2.d. *& ij quorum interest* ibid.
Appellare non possunt contumaces 33.3.d. *confeßi & convicti* 33.3.f *damnati maiestatis* 33.3.k. *tertio iudicio superati* ibid.l
Appellatione remota facta delegatio 33.4.b
Appellari non potest à principe 33.4.d
Appellari non potest ab executione 33.4.b. *an à sententia de exsequendo* ibid. & 33.5.b. *an ab interlocutoria* 33.5.e. *an à multa* 33.5.c. *an in causis possessoriis* 33.5.e. *an in causa alimentorum* ibid.
Appellari an poßit ad iudicium mediatum 33.6.a
Appellatio à subdelegato 33.b.c
à mandatario ibid.
Aqua arcenda actio est civilis 18.7.a
Arbitri pronuntiatum an sit sententia 23.1.a
Arbitrium tertii in quem collatus est contractus vel eius conditio, 27.7 *& quid si inique aut plane non arbitretur* ibid.
Arbitrium collatum in personam debitoris 27.7.g

B.

Beneficium an à filio patri dari poßit. 19.3.c
Bonarum appellatione an veniant iura 19.5.a

C.

Carcer an loco pœnæ 31.4.d
Carcerem effringentis pœna 31.4.a
Cedendarum actionum beneficio an renuntietur 28.6.a
Cedere diem quid 27.6.d
Ceßio actionum quid operetur 19.5.a *an poßit fieri post solutum debitum* 28.6.b
Ceßio bonorum an infamet 24.4.a
Ceßis bonis an veniant etiam profectitia 24.4.d
Ceßionis beneficium quibus competat 24.4 i. & k. *& an illud competat, vel an eo indigeant, fœmina* 24.4.

24. 4. c. an Ecclesia ib. an heres qui non confecit inventarium ibid. an qui nondum conventus est 24.4.c
Cessionis beneficio an posit renuntiari 24.4.e
Cessionis beneficio qui usus est, an teneatur cavere 24. 4. f. & an ei aliquid pro alimentis sit relinquendum 44.4d
Citatio specialis an requiratur ad audiendam sententiam 23.3.i
Divilis actio an consumat criminalem 30 3.b
Coalitio plantæ cum fundo 20.5.d & an res ita coalita posit vindicari à priori domino. ib.
Communes res, quæ 20.1.e
Communio rerum an à natura 20. 1. i. an ea in republ. sit probanda. ib.
Competentiæ beneficium an habeat socer 24.4.b
Condictio furtiva an detur in hæredes 30.3.a
Conditionis divisio & species 27.6.d
Conditionem allegans an eam probare teneatur 26.8.c
Conditionales contractus æstimantur ex initio contra quā in legatis 27.2.b. fallit illud in conditione potestativa 27.6.f
Confiteri an videatur qui excipit 25.8.c
Coniuges an sibi invicem quid remittere posint 19.4.a
Coniectandi ius an regale 18.9.a
Conreus credendi an partem alteri communicare teneatur 27.9.c
Conreus debendi an partem eius quod solvit repetere posit 27.9.f & an habeat beneficium divisionis 27.9.e
Conreus an novare posit 27.9.c & an partem petendo sibi præiudicet 27.9 e
Conrei unius pactum, an alteri prosit vel noceat 27.9.c
Constitutum omne an habeat diem 27.6.a
Contractus nullus quis dicatur 26.5.b
Contumaciæ species 24.1.b
Contumacia procuratoris an noceat domino 33.3.b
Convitium unde dictum 30.5.f.
Criminales causæ an admittant procuratorem 26.3 g
Crucis supplicium 31.6.b
Curator bonorum 24.3.f
Custodiæ similitudo in accusatore 31.3.a

D

Damnato patre vel filiofam. an huius peculium publicetur 31.7.d
Damnatorum bona an hodie etiam relinquantur collateribus 31.7.b
Damni infecti causa an requirat litis contestationem 18.5.e
Damni infecti an & quomodo caveatur à superficiario vel fructuario 18.5.c. vel socio 18.5.f

Decretum primum quam requirat citationem 24.2.b. & an pro executione sententiæ interpositum, faciat possessorem. 18.6.A
Decretum secūdum an interponatur contra eum qui tutus est exceptione 24.3.a. & an eo opus sit in actione reali ib. & 8.6.c. & an faciat possessorem vel dominum 18.6.c
Decretum primum & secundum quale requirant intervallum 24.3.c
Delegatio an hodie non fiat, nisi expreßè id agatur 29.6.a
Denuntiationes super criminibus 31.2.b.
Deportatio an successerit in locum interdictionis ignis & aquæ 31.6.c
Desistere quis dicatur 31.8.g
Dilatio quinquennalis an prosit fideiussoribus 24.4.b
Divisione actionis an quis sibi praiudicet 27.9.e & 28.5.e
Divisionis beneficium an poßit opponi post litem contest. 28.5.f
Dies certus & incertus & huius subdistinctio 27.6.c
Dies naturalis 23.3.g
Dominium quid differat à proprietate. 20.1.k
Dominium an sit rerum incorporalium, obligationis & poßeßionis ibid. & an quaratur citra vacuæ poßeßionis traditionem 20.4.d. & an impediatur ob errorem in causa ib.e
Donatio an sit contractus 19.1.a
Donatio propter nuptias ex quo iure 19.1.c. eius natura, finis & utilitas. 19.8.b
Donatio inter patrem & filium an valeat 19.3.c. & quid si remuneratoria vel iurata sit 19.3.e. & an ratihabitione hæredum vel patris morte confirmetur ibid.
Donatio inter coniuges an confirmetur iuramento 19.4.c. & an valeat remuneratoria 19.4.b an recipocra vel mortis causa ib. vel quæ excedit quingentos solidos 19.6.g. & an confirmetur morte, si res non fuerit tradita 19.4.d
Donatio remuneratoria qualis 19.2.a. & 3.e
Donatio an sit tantum rei propria 19.5.b. & an etiam feudi vel emphyteusis 19.5.a.
Donatio an sit omnium bonorum 19.5.c. & an in eam veniant iura ibid. & an etiam futura 19.5.d
Donatio an requirat scripturam 19.6.a.
Donatio cur insinuanda 19.6.a. & coram quo magistratu ibid. & quid si sit ad pias causas 19.6.c vel iurata 19.6.f
Donatio an revocetur liberis postea natis 19.7.e. & quid si ad pias causas ib. & quid si liberi maxime si statim præmortui sint 19.7.e & quid si pater beneficio constitutionis

tionis renuntiaverit ibid.
Donatio mortis causa an & unde præsumatur 19. 9. a. & quid si adiecta sit causula de non revocando ibid. & quid si donator fuerit in periculo mortis ibidem.
Donatio in eventum mortis collata, an valeat iure donationis inter vivos 19. 8. a
Donatio mortis causa an requirat præsentiam donatarii 19. 9. a. an & in quibus comparetur legatis 19. 9. b. præsertim ab intestato ibid. an in ea locus sit interdicto quod legatorum ibid. an requirat quinque testes 19. 9. & an dominium ex ea transeat 19. 9. f. & g
Donatio mortis causa an fiat à minore 9. 9. b
Donationis istius revocandæ modi 19. 9. f. & g

E.

Electio unius reorum sive principalis sive accessorii an liberet alterum 28. 1. b
Exceptio quid 26. 1 a. & b. an sit conditio, & cur dicatur præscriptio ibid.
Exceptio cessionis 26. 4. e. iurisiurandi 26. 6. c. metus 26. 5. b excussionis 26. 4. f. non numeratæ pecuniæ 26. 5. e competentiæ 26. 4. g. spolii ibid. sub & obreptionis 26. 4. i
Exceptiones intentionis & facti 26. 1. c
Exceptiones mixtæ 26. 1. inf
Exceptiones dilatoriæ 26. 1 d
à persona iudicis 26. 2. a. & seqq.
à persona litigantium 26. 3. a. procuratoriæ 26. 3. d
Exceptiones præiudiciales 26. 4. a
Exceptiones peremtoriæ & earum divisio 26. 5. a
Exceptiones an suppleat iudex 26. 7. c
Exceptiones plures an & quatenus simul vel successivè opponi possint 26. 7. a
Exceptiones quando proponendæ 26. 5. b. & 7. d. an dilatoriæ & quæ post lit. contestatam 26. 7. d. an peremptoriæ & quæ, post sententiam admittantur 26. 7. c
Exceptiones quomodo proponendæ 26. 5. b. triplex modus 26. 7. b
Exceptiones privilegiatæ & impedientes litis ingressum 26. 8. c
Exceptionis obiectione an fiat litis contestatio ibid.
Excipiens an censeatur confiteri ibid.
Excussionis beneficium an sit de apicibus iuris 28. 5. c. & an ei possit renuntiari ibid.
Executio sententiæ confirmatoriæ ad quem spectet 23. 5 g
Executionis ordo an possit mutari 23. 6. b

F

FActa dividua & individua 27. 4.b
Factum an præcise præstandum 27. 1. l. & an ad factum agi poßit ibid.
Factum alterius qui promisit, quomodo teneatur 27.2.g
Fatale appellationis interponendæ 33. 8. a. & an poßit prorogari ibid.
Fatale appellationis introducendæ 33. 8. h. prosequendæ ibidem.k
Fideiussor quis 28.1.a
Fideiußio an fiat nudo pacto 28. 1.b
Fideiubere an omnino vel idoneè possint, mulieres 28. 2. b. milites ibid. c. servi ibid. minores 28. 2. d. clerici 28. 2. e qui privilegium fori habent ibidem.
Fideiussor an omni obligationi accedat 28. 3. a. an in causis delictorum & criminalibus 28.3 a an obligatione civili tantum 28. 3. c. an officio iudicis ibid. an obligationi cui præscriptum est 28.3.b
Fideiussor an poßit intervenire, pro furioso, prodigo, pupillo 28. 3.b
Fideiussor agens pro exoneratione 28.6.c
Fideiussor an teneatur in plus quam principalis 28. 5. a & an teneatur quò ad summam concurrentem 28.4.b
Fideiussor indemnitatis 28.3.d
Fideiußio an transeat in hæredes, si conventum sit, ut alius substituatur 28.5.b
Fideiussor obligans seut principalem an habeat beneficium excußionis 28 5.c.& d
Fideiubens pro invito non habet regressum 28.3.g
Fideiussorem alium pro alio an cogatur quis accipere 28. 2.f. & an cogatur quis alium dare, si prior non sit idoneus ibid.
Fideiussor an liberetur prorogato termino 28.7.g
Fides bona ad usucapiendum requiritur tempore traditionis 22. 6. a & quid in emptione ibid.
Fides bona semper iure Canon. necessaria 22. 6. a. & an noceat post impletam usucapionem supervenisse malam fidem 22.6.c.
Fides bona an sit probanda 22. 6.d
Fides mala an inducatur per denuntiationem extraiudicialem 22. 6.d
Fur. a supplicium 31.6.b
Furtum an iure naturæ prohibitum 30.1.h
Furtum an committatur in re minima 30.1.c. sibi debita 30.1.e
Furtum per lancem & licium 30.2.a

noctur-

nocturnum ib. b. domesticum ib. c. familia ib. in tumultu 30. 2. d. in officio commissum 30. 1. f ope consilio 30. 3. d in una re à pluribus commissum 30. 3. b
Furtum an capitale delictum 30. 3. f. & g
Furti actiones ex quo iure 30. 3. b

H.

HÆredibus an & quatenus quis stipulari possit 27. 2. d
Hæres an præscribat rem quam defũctus tenuit mala fide 22. 5. a
pro Hærede titulus 22. 5. b
Homicidium in seipso 32. 5. d fœtus in utero 32. 5. e. alterius pro alio 32. 6. a
Homicidium pro defensione famæ 32. 6. g. bonorum ib. personarum aliarum 32. 6. i
Hypotheca fisci in dubio potior privati 24. 7. f
Hypothecam habens si solvat quod alius debet, in eius ius succedit 24. 6. d & quid si ille solvat qui non habet hypothecam ibid. & quid si solvat fisco ibid.
Hypothecam tacitam an habeat, qui credidit in rem emendam vel reparandam 24. 7. e
Hypotheca ius & prioritas quando incipiat 24. 6. d
Hypotheca habet privilegiũ ex tempore, cum ampliationib. & limitationibus 24. 6. e. & an idem in hypotheca tacita ibid.
Hypotheca generalis ius 24. 6. e si eam duo acceperint successivè, quis præferatur in post quæsitis ibid. & quid in fisco 24. 7. a
Hypotheca generalis cõditionalis annexa speciali 24. 6. e
Hypothecarius prior an possit condicere pecuniam posteriori solutam 24. 6. f

I.

IMpensæ voluptuariæ 20. 6. b utiles ibid.
Impensæ necessariæ 20. 6. b. an pro iis detur actio ib. an deducantur re non extante ibid. Quid si deduci non possint ibid. quid si dominus denuntiavit ne fierent
Imperium merum an habuerit privatus 31. 1. g
Infans an stipuletur 27. 2. b
Iniuriarum pœnæ 30. 6. e. & f
Iniuria in servo communi quomodo vindicetur 30. 7. b
Iniuriarum actio an admittat curatorem 30. 6. g. quo tempore tollatur 30. 7. e. & an anno continuo ibid.
Iniuriarum actio ex l. Cornel an sit publica 30. 6. g. & an perpetua sive potius annalis 37. e
Inofficiosa donatio an revocetur in solidum 19. 7. b

Inqui-

Inquisitio an regulariter permissa 31.1.c. & an in delictis privatis 33.2.g. eius requisita 31.2.b
Inscriptio in crimen 31.3.a
Insula productio 20.5.h. & an ea sit publica ibid.
Interdictorum etymologia 25.1.a divisiones 25.1.b
Interdicta quid olim 25.1.b. quid differant ab edictis ibid. eorum actiones, & an sint reales ibid.
Interdicta an sint perpetua 25.1.f an duplicia & quæ ibid.
Interdictum bonorum cui detur, adversus quem, pro quibus rebus, & an obstet exceptio dominij 25.1.g.h & i
Interdictum quod legatorum quare introductum 25.2.a. an obstet exceptio dominij ibid. an detur pro legato vindicationis vel cõtra eum qui à iudice habet possessionem, & in genere adversus quem 25.2.b
Interdictum & Salvianum cui detur contra quem & pro quibus rebus 25.2.e & f
Interdictum ne vis fiat, &c. 25.3.a & an actio eius consumat actionem contractus 24.2.e
Interdictum utrubi 25.3.a
Interdictum uti possidetis cui detur & adversus quem 25.3.d. an detur heredi 25.4.a. quis in hoc interdicto vincat 25.3.l. an victus cavere teneatur 25.3.h. an detur misso in possessionem 25.4.a. an detur pro servitute 25.4.b. an obstet exceptio dominij 25.4.d. quæ in hoc interdicto sit sententia 25.4.e. & an appelletur ibid.
Interdictum de superficie 25.4.g de itinere actuque privato ib. b de aqua quotidiana & æstiva ibid. i. de fonte ib. d. b
Interdictum unde vi adversus quem detur 25.5.e. an in heredem ibid. an detur manifesto prædoni 25.5.c. an clam spoliato ibid. an fructuario 25.5.b. an vasallo ibid. an emphyteutæ ibid.
Interesse an dicatur latinè 23.4.b eius definitio 23.4.c. divisio species & exempla 23.4.b. extra & circa rem 23.4.b.c. & d
Interesse an excedat duplum in delictis 23.4.b. an in conventionibus 23.4 b. & f. an addat in nummos 23 4 d. an veniat iure actionis 23.4 b. an petatur condictione certi. ibid.
Interesse quale esse debeat ut ratio eius habeatur 23.4 d
Interventio in iudicio & eius species 23 5.e
Inundatio agri 20.5.g
Ipso iure & per exceptionem, quid 29.1.a
Ira an excuset in pœnis 32.6.c

Iudex an suppleat exceptiones 26.7.c. & an habeat rationem notorii non allegati. ibid.
Iudex an in sententia poßit conservare famam. 30.7.d
Iudicati actio 23.5.i
Iudicatis quod tempus detur. 23.5.c.
Iudices plures diversa sentientes 23 2.e
Iudicii essentiam an ingrediatur litis contestatio 23. 3. b. an probationes ib. b. an conclusio in causa 23.3.c.
Iudicii sistendi cautionis effectus & natura 28.3.a. & an duret ultra primam instantiam. ib.
Iulia Lex de ceßione bonorum an quid novi fecerit 24.4.a
Iurandi facultas an transeat in & contra hæredes 25.5.a.& b
Iurisdictioni fundandæ an spectetur summa petita 23. 3.a. & an summæ coniungantur 33.5.b

L

Legitima pacta an contractus & viceversa 19.1.b
Lenocinium an capitale 32.3.g.
Libelli criminalis forma 31.3.a
Litis contestatio an inducatur per exceptionem 26. 8. c. an sit de essentia iudicii 23. 3. b. an eam quis facere cogatur ibid. an in contumaciam lis pro contestata habeatur ib.
Litis contestatio quomodo fiat 23.3.b
in Litore an liceat simpliciter ædificare 20.1.e

M

Maiestas in quo sit 32.1.b. eius læsæ crimen duplex 32.1.a & d. an committatur in sanctos 32. 1. a. an in consiliarios 32. 1.c an à solis subditis 32.1.b
Maiestatis reus an quis fiat ex conatu 32.1.h. & qui non revelavit 32. 1.f. & quid si revelavit sacerdoti. ibid.
Maiestatis læsæ damnatus vel reus an ipso iure bona amittat, 32.1.g pœna ex l. 5. C.h.t. an etiam teneat nepotes 32. 1.k an ex ea liberi prorsus fiant incapaces ib.
Mathematici qui 32.7.c
Metallo addictus ad tempus an retineat civitatem 31.6.d
Mißio in poßeßionem an fiat ex debito conditionali 24. 2. a. & an in bona minoris 24.2 b
Missus ex primo decreto in actione reali an fiat possessor 24.2.e
Mißio unius an & quatenus proficiat aliis 24 3.g
Mißio inducit pignus prætorium 24. 3. g.
Mißio in omnia bona 24.2.b
Monetæ valore mutato cuius temporis ratio habeantur 29.2.c
Mosaicæ leges an obligent Christianos 30 3 f.& g
Mulieris privilegium in dote, quò ad prælationem in hypotheca quando incipiat 24. 7. b. an competat liberis ib. & g. an habeat locum in matrimonio putativo 24.7.b

& an in sponsa ib. & an in dote confessata 24.7.c. an ei poßit renuntiari ib. an vigore eius mulier præferatur priorem expressam habentibus 24. 7. b. etiam ei qui deposuit, ib. an ei qui in funus impendit ibid. an fisco ex causa primipili ib. an creditori anteriori hypothecario privilegiato ib.
Mulieres veneficæ 32.7.c
Mulier desistens an incidat in Turpilianum 31.8.g
Munus & donum quomodo differant 19.2.b

N

Notorii non allegati an habeatur ratio 26.7.c
Novationis divisio 29.5.b. & an fiat per litis contestationem aut per sententiam 29.5.e, annon fiat nisi expreßè hoc agatur 29.5.f
Novare an poßit servus 29.5.d
Nullitatis querela an duret.30.annis 33.5.c
Nullus contractus quis dicatur 26.5.b.
Nuntiatio novi operis non iure facta an aliquid operetur 18. 1. a. & an sit destruendum opus 18.1.f
Nuntiatio minori facta cuius sit effectus ib.
Nuntiatio an debeat fieri in repræsenti 18. 1. c. & an die feriato 18. 2. g. & an sit exprimenda causa 18.1.c
Nuntiatio an poßit ei fieri qui destinavit opus 18. 1. d. & an ei qui reficit ib. & an ipsi magistratui 18. 3. e
Nuntiare an poßint inquilini & coloni 18. 2. a. incolæ ib. servi 18.2.b
Nuntiari an poßit ob servitutes 18.2.c
Nuntiatio an faciat alterum possessorem 18.2.e
Nuntiatio an finiatur morte 18.3.a
Nuntiatio dupliciter dicitur tenere vel non tenere 18.3.c

O

Obligatio in diem an statim pariat actionem 27.6.c
Obligatio pura an habeat aliquod laxamentum agendi 27.6.a
Obligatio mixta habens diem & conditionem 27.6.g
Obligatio an & qua & quomodo perimatur per præscriptionem 28.3.b & 29.7.b
Obligare an quis se poßit ad carceres 28.4.f
Obligatio an tollatur capitis diminutione 29. 1. k. obsignatione & depositione ib. confusione 28. 7 b. & 29.1.g. & an ita liberetur fideiussor. ib.
Obstagii obligatio & effectus 28.4.f.
Occupationis obiectum an sint res immobiles 20.2.d. an pisces capti in lacubus privatis 20. 2. f an fera capta contra prohibitionem domini 20.2.e

Pali-

P.

Palinodica actio 30.7.a
Parentes an puniendi propter delicta liberorum & vice versa 32.1.k.
Parricidium & eius pœna 32.7.d
Pauliana actio an sit personalis 24.5 a. quando habeat locum ib. & an detur contra ipsum fraudatorem 24.5.g
Partis petitio an inducat divisionem 27.9.e.& 28.5.e
Peculatus an committatur in pecunia civitatis 32.9 e
Pictura an cedat tabulæ 20.6 k
Pignus prætorium an tribuat ius ex tempore 24.3 g
Plus quot modis peti dicatur & sub qua pœna 26.4 b
Pœna an irrogetur cogitationi & conatui 32.1.b
Pœnæ gratiam an princeps facere possit 30.3.g
Pœnalis stipulatio an novet 27.2.g
Pœna parentum an in liberos 32.1.k.
Polygamus an sit adulter 32 3.a
Possessio an sit rerum fortuito amissarum 20.2.b
Possessionis verbum 21.1.a.& b. eius genus 21.1.c. & e. eius species 22.1.f. differentia 21.1.e obiectum 21.1. d. & 2.a.&c
Possessio an sit iuris 21.1.e
Possessio naturalis & civilis & utriusque subdivisio 21.1.f
Possessio corporalis 21.1.b
civilissima ibid.
Possessio quasi an constituatur unico actu 21.1.d
Possidendi modi 21.1.f
Possessionem an habeat fructuarius 21.1.f furiosus pupillus 21.3.a creditor 21.4 f. sequester. ibid. precariò rogans ib. emphyteuta 21.4.g
Possessio ex pluribus causis 21.2.f
Possessionis causam nemo sibi mutat 21.2.e
Possessio acquiritur animo & corpore 21.2.b. & an civilis solo animo ibid.
Possessio an acquiratur per servum fugitivum 21.3. b. pignoratum ib. hæreditarium ib. communem 21 3.d. an per procuratorem 21.3.e. & quid si hi. sibi acquirere velit ibid.
Possessio an per servum quæratur ignoranti 21.3.b
Possessio an transeat in suum hæredem 21.2.g
Possessio retinetur animo nostro & alieno 21.4.b
Possessio an sit plurium in solidum 21 4.k
Possessio quomodo amittatur 21.7 & quomodo probetur 21.6
Prædes qui sint 28.1.a
Præiudiciales actiones quales sint 26.4.a
Præscriptio quid 22.1. b. & eius effectus ibid.
Præscriptio an interrumpatur litis

contestatione 22.1.b
Præscriptio an sit rerum mobiliũ 22.2.f. an rerum meræ facultatis 22.3.f. an iuris luendi pignoris ibid. an præstationum annuarum ibid. an regalium 22.4.l
Præscriptio an currat contra Ecclesiã 22.4.l
Præscriptio legalis an currat contra minorem 22.3.h
Præscriptio criminalium accusationum 31.8.e
Præscriptio requirit temporis continuationem 22.5.a
Præsens quis dicatur 22.4.h
Prætoriæ actiones quamdiu vivant 30.7.e
Princeps si duobus rem donaverit uter præferatur 19.8 a
Privilegium impendentis in funus 24.7.b.& g
Procurator an in criminalib. 26.3.g
Procurator generalis an poßit alienare 20.4.a
Protestationis materia, remißivè 18.3.f.
Publicæ res 20.1.e
Publica loca an sint principis 20.3.a
Publica iudicia unde dicta 31.1.a. & an omnia talia iure Can. ib. in iis procedendi modus 31.1.b. & an via inquisitionis ordinaria 31.1.e
Publicatis bonis mobilibus & immobilibus an veniant iura & actiones 31.7.d

Q.

QVæsitores rerum capitaliũ 31.1.g

R.

RAptor an teneatur actione furti manifesti 30.4.c. an puniatur mitius quam fur 30.4.b
Relegatio an poßit dici pœna capitalis 31.6.e
Religiosæ res 20.1.d
Remedia contra debitores reos 24.1.a an in iis locus sit variationi ibid.
Remedium l. ult. C. d. Ed. Hadr. toll. 25.1.l. an detur fideicommissario ibid. apud quem instituendum 25.1.m
Rerum divisio 20.1.a
Respublica an habeat tacitam hypothecam 24.7.f
Restitutus à principe an recuperet fructus 31.7.c. an hæreditatem interim delatam ibid.
Reus criminis capitalis an poßit alienare 31.7.d

S.

SAcræ res 20.1.b
Sacrilegium an æstimetur ex re an ex loco 32.9.a
Sanctæ res 20.1.c
Sententiæ & rei iudicatæ differentia 23.1.a
Sententiæ divisio 23.1.c
Sententia certa 23.3.a & 4.a. generalis & incerta ibid.
Sententia conformis libello 23.3.a divisibilis ibid.
Sententia lata ad consilium peritorum 23.2.b
Sententia, condemno te si est probatum 23.3.c

Sententia in scriptis 23.3.d. *ex periculo* 23.3.e
Sententia interlocutoria an poßit retractari 23.1.e
Sententia ubi ferenda 23.3.f. *& h. & quo tempore* ibid.
Sententia iniusta an nulla 23.5.a *& quid si à corrupto iudice lata* ibid. *& quid si ex falsis testimoniis* ibid.b
Sententia an poßit retractari propter nova instrumenta 23.5.d. *& quid si sit novum testamentũ* ibid.
Sententia an retractetur, quam iudex moriturus iniustam esse dixit 23.5.d
Sententia quando transeat in rem iudicatam 23.5.1
Sententia an faciat ius inter alios 23.5.e
Sententia an sit stricti iuris 23.5.e
Sententia an transferat dominium ibid.
Servitutes innominatæ 25.4.k. *continuæ & discontinuæ* 22.2 g
Servus an obligetur naturaliter 28.2.b
Servus hæreditarius an & quomodo utiliter stipuletur 27.2.a
Solvi an poßit, pars debiti 29.2 b *an aliud pro alio ib. cap. an ante diem* 29.2.i. *an procuratori* 29.3.a. *an adiecto ib. & quid si capite fuerit minutus* 29.3.a
Solutio fit, pro alio etiam invito 29.3.b. *an pro emphyteuta facta & quatenus ius eius conservet* ib.
Solutum ex pluribus causis cui imputetur 29.3.e
Solvi an poßit, quod tempore stipulationis meum fuit 29.3.e
Solvens statu liberum an liberetur 29.3.e
Specificatio 20.7.a
Sponsor quis dicatur 28.1.a
Stipulatio unde dicta 27.1.a
Stipulatio est contractus 27.1.b *iuris civilis* ibid.
Stipulatio sine causa an valeat 27.1.a
Stipulatio requirit verba ore prolata 27.1.e
Stipulatio inutilis an producat naturalem obligationem 27.1.e
Stipulatio an & quatenus & per quam incongruitatem vitietur 27.1 g
Stipulatio an requirat responsionem in continenti 27.1.b
Stipulatio impersonalis an valeat 27 2.b
Stipulatio an requirat ut res sit in commercio & cuius 27.3.a
Stipulationes dividuæ & individuæ 27.4.a. *& earum conditio in successoribus* 27.5
Stipulatio dolum malum abesse an sit dividua 27.4.a
Stipulatio sortis & pœnæ an individua 27.4.b
Stuprum in quos committatur 32.3. a. *& quæ eius pœna ib.e. & quid si sit volentum ibid. & quid si commissum in nondum viri potentem* ibid.

T.

Temporis duplex computatio 22.4.b
Tempus utile 30.7.e
Termini prorogatione an liberetur fidejussor 28.7.g
Testes singulares qui 21.6.f
Thesaurus quis 20.2.g. eius inventi ius ib. an pertineat ad regalia ib.
Tigni iuncti actio & contra quem 20.6.a
Tignum eximendo an poßit quis evitare restitutionem dupli ibid.
Torturæ quando sit locus 31.5.e
Torturam perferens an sit definitivè absolvendus 31.5.f
Torturæ an & quando servi contra dominum & in causis pecuniariis sint subiiciendi 31.5.b
Traditionis variæ species 20.4.d eius requisita ibid.
Traditio conditionalis an transferat dominium 21.7.b
Transfugarum ius 20.2.d

V.

Vacuæ res 21.2.d
Venandi ius hodie prohibitum 20.3.a
Venandi ius an sit regale 20.3.b
an servitus 20.3.c
Vendendis bonis uter utri præferatur 24.6.b
Verborum obligatio an ex sola stipulatione 27.1.i
Violentiæ species 25.5.d
Vis publica & privata & utriusque distinctio 32.4.a
Vsucapio quid 22.1.a. est ex ll.XII. tabb. ibid.c
Vsucapionis & præscriptionis differentia 22.1.b
Vsucapio an habeat locum in partu ancillæ furtivæ 22.3.a. in fœtu pecudum furtivarum ibid. in rebus pignoratis subreptis ibid. in rebus pupillaribus 22.3.g dotalibus 22.3.k. fiscalibus 22.3.n
Vsucapio an currat contra minores 22.3.h
Vsucapio an fiat à dubitante 22.6.c
Vsucapio an conveniat æquitati 22.7.a. an & quale dominium tribuat 22.7.b
Vsurarius an poßit conveniri criminaliter 31.2.g

INDEX LEGVM ET PARAGRAPHORUM, QUIBUS HOC OPERE lux aliqua illata est.

Ex Digestis.

L. 7. d. iurisdict. 30.2.c
L. si idem 11 eod. 23.2.a
L. 7. §. quod ferè 12. d. pact. 27.1.e
L. 15. §. 4. d. procurat. 21.4.k.
L. ferrum 33. §. publice eod. 26.3.g
L. licet 42. §. 1 eod. 30.6.e

L.Æmilius 38 d.minor.22.3.b
L.5.§.3.d.rei vindic.20.5.d
L.23.§.1.eod.20.6.k
L.Minitius 61.eod 20.7.a
L.si servus 15.d.publ.act.21.3.b
L.si ager 23 quib.mod.usufr.amitt. 20.5.g
L.si ego 18.d.reb.cred.20.4.e
L.si me 32.eod.27.9.c
L.6.d.condict.furt.30.3.d.
L.eo tempore 50.in pr.d.pecul.24.3.a
L.1.§.4.depositi 30.2.d.
L.hã legem 22.d.contrah.emt.20.1.b
L.Iulianus 13. in pr. d. act. emt. 23. 4.b
L.1.qui potior in pign 24.7.b
L.2.eod. 24.6.e
L.ult.eod.24.7.a
L.si is qui 56.§.quod dicitur 3. d. iur. dot.20.6.c
L.ult d.fund dot.ib.
L.3.§ fin.& l.Papinianus 23.d.donat. int.vir & ux.19.4.a & d
L. fructus 7.§.si vir. 13. solut. matr. 20.6.c
L. cum avus 102. de condit. & demonstr.19.7.e
L.debitor 59 ad Trebell.29.1.g
L.filium 30.§ 1.d.bon. possess.contr. tabb.19.9.b
L.1.in pr.& l.5.§.7.d.nov. op. nunt. 18.3.e
L.3.§.2 eod.18.2.b
L.9.§.2.d.damn.inf 20.5.d
L.inter quos 39.d.damn.inf.18.5.f
L.Aquilius 27.d.donationib. 19.2.a
L.Lucius 32.eod.ib.
L.qui mortis 30.d.mort.caus.donat. 19.9.f
L.in agris 16.d.adq.rer.dom.20.5.e
L.ergo 30.§.3.eod.20.5.g.
L.cum in corpus 36.eod.20.4.e
L.Attius 38.eod.20.5.g
L. in laqueum 55. d. adq. rer. dom. 20.2.c
L.ult.§.ult.eod.20.5.b
L.6.d.usucap.22.4.b
L.15.§.3.d.reivd. 23.6.d
L.si quis 51.§.1.eod.24. 2.e
L.sæpe 63.eod.23.5.e
L.cum bona 16.d. reb. autor. iud.24. 6.b
L.10.§.16.quæ in fraudem creditorum 24.5.c
L.1.quor.bon.25.1.b.
L.3.in pr uti possidetis 21.4.k
L.17.d.except.26.4.a
L.6.d.except.dol.29.3.a
L.1.§.1.& 4. d. Verb. O.27.1.g & h.
L.2.§.si tamen 3.eod.27.5.d
L.5.§ ult.eod.27.4.b
L.10.d.V.O.27.6.g
L.16.eod.27.3.d.
L.in stipulationibus 54.eod. 29.3.d
L.interdum 73.in pr.d.V.O.27.6.c
L.qui Romæ 122. §. Agerius 4. eod 27.6.f
L.3.de fideiussor 28.2.f
L.cum reus 14.eod.28.7.b
L.19.& 20.eod.28.1.d
L.Marcellus 25 d.fideiussor 28.3.b
L.Titius 48.eod 28.5.g
L.sub conditione 16.d.solut.21.7.b

L cum

L.cum quis 38.§.1.d.solut.29.3.b
L.qui decem 72.§. Stichum 4. eod. 29.3.e
L.95. §.3.& 6.d.solut.28.7.b. & 29.3.a
L.1.& 3.d.acceptil.29.4.a.& b
L.8.§.ult.eod.27.1.c.
L.43.§.11.d.furt.20.2.g.
L.inter 46.§.7.eod.30.1.e
L.qui iniuriæ 53.§.1.eod.30.1.d
L.ob pecuniam 81.aliàs 83. d. furt. 32.9.1.
L.6 in f.arbor.furt.cæsar.20.5.d
L.16.d.iniur.30.7.b
L.4.d.popular.act.18.2.a
L pen.§.1.d.public.iud.26.3.g
L.11.§.2.ad L.Iul.d.adult.26.3.g
L.4.§.5.ad L.Iul.peculatus 32.9.g
L.4.ad SCtum Turpill.31.8 g
L.16.§ locus d.pœnis 32.9 e
L.2. in pr. d. bon. eor.qui ante sent. 31.8.g
L.1.an per alium causæ appellat.26 3.g
L.1.& 2. quis & à quo appellet. 33. 6.c
L.3.§.10.d.iur.fisci 20.2.g
L.28.eod.24.7.a
L.Labeo 19.d.V S 27.1.b
L.sæpe 53.§.ult.eod.30.3.d

EX CODICE.

L.19.C.d.probat.26.7.d
L.25.C.d.donat.int.vir.& ux. 19.3.e
L.3.C.d.acquir,poss.21.3.a
L.2. C.d.præscr. 30.annor. 22.4 k
L.7.§.ult.& l.8.§.1.& 2.C. eod.22 3.i.& l
L.8. §. pen. C.d.præscr. annor. 18.6.c
L.2. C.sententiam resc. non poss. 26. 5.b
L.ult.C.quæ in fraud.cred.24.5.g
L.1.C.quor.bonor.25. 1.g
L.un.C.si de moment.possess.33.5.e
L.un.C.d.noui oper.nunt.18.1.e
L.2.C.d.pignor.24.6.e
L.12.C.qui potior in ping. 24. 6.c.
L.8.C.d.except.26.5.b
L.9 C.eod.7.b
L.si unquam C.d.revoc. donat. 19. 7.e
L.13.C.d.incol.18. 2.a

EX INSTIT.

§. Thesauros Instit. d. acquir. rer. dom.20.2.g
§.ult.Inst.d,inutil.stipul.27.6.a
In pr.Inst.d.iniur.30.5.a
§. ultim. Institut. d. interdict. 25. 1.b
§.1.Inst.d.pœn. temer. litigant.13. 3.a

FINIS.